الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

الوصية

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٦١
الوصية
دار العلوم

الفقه

الجزء الحادي والستون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقّحة ومُصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب الوصية

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الوصية

وهى اما مصدر وصى يصى بمعنى الوصل حيث ان الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة

كتاب الوصية

(وهي اما مصدر وصى يصي بمعنى الوصل) يقال أرض واصية أي متصلة بالنبات، فالوصية والوصل بمعنى، وانما سمي بهذا الاسم(حيث ان الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة) .

قال في مفتاح الكرامة: لما فيه من وصلة القرابات بعد الموت بالقرابات في حال الحياة، أو بالعكس، كما في التذكرة وكنز العرفان وجامع المقاصد وايضاح النافع والروضة ، وهو معنى قوله في الوسيلة: صلة ما بعد الموت بخير الى ما قبله، أو لما فيه من وصلة التصرفات حال الحياة به بعد الوفاة كما في فقه الراوندى والتحرير وغيرها .

أقول: وقوله: [بخير]من باب غالب استعمالها والافلا فرق في المشروالخير

واما اسم مصدر بمعنى العهد من وصى يوصى توصــية أو أوصى يوصى ايصاءاً

في ذلك، وعليه فمن الممكن قصدانه وصل غيره الى نفسه، ومنه وصى وأوصى والمصدر التوصية والايصاء والاسم الوصية والوصاة، كما عن جماعة أولهم ابن ادريس في السرائر، وعلى كونها مصدراً يدخل فيها الفاعل كما هو الفارق بينه وبين اسم المصدر، حيث انه اسم للحدث فقط .

(واما اسم مصدر) فكأنها لفظ مشترك بينهما (بمعنى العهد من وصى يوصى توصية أو أوصى يوصى ايصاءاً) وهذا هو الذي رجحه السيدان الوالد والبروجردي قال أولهما: وهو التعيين بقرينة صلته بالباء وتعديه بالى، ولامعنى لصلة الوصل أو تعديه بذلك، ولعدم معهودية استعمال المشتق من وصى يصي في باب الوصايا لافي العرف، ولافي الاخبار .

و قال ثانيهمــا : هذا هو المتعين و العهد هنا هو الذي يستعمل متعديــاً بلفظة الى ، ويرادفه أو يقرب منه لفظة [سفارش] في لغة الفرس .

قال الله تعالى : «ألم أعهد اليكم يابني آدم أن لاتعبدوا الشيطان (١) وعهدنــا الى آدم قالوا ان الله عهد الينا » (٢).

وقال تعالى: «ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب ام كنتم شهداء اذ وصاكم الله بهذا ذلكم وصاكم به» (٣).

---

(١) يس : آية / ٦٠ .

(٢) طه : آية / ١١٥ . آل عمران : آية / ١٨٣ .

(٣) البقرة : آية : ١٣٢ . الأنعام : آية / ١٤٤ .

وهى أما تمليكية أو عهدية، وبعبارة أخرى أما تمليك عين أومنفعة

نعم، غلب استعمالها في عهد الانسان الى غيره بما يريد حصوله من بعد موته في ماله أو بدنه ـ انتهى .

أقول: لامنافاة بين الوصل والعهد، اذ العهد نوع من الوصل أيضاً، ومقتضى القاعدة كون المادة بمعنى واحد، سواء في المجرد والمزيد فيه، كما ان المصدر وسم المصدر قد يكون لهما صيغة واحدة وانما الاختلاف بالقصد وكل من العهد في حال الحياة وبعد الممات يقال له وصية، مثل قول علي عليه السلام : أوصيكم عباد الله .(١)

و بما تقدم ظهر ، ان استظهار المستمسك ان الثلاثي بمعنى الوصل . و الرباعي بمعنى العهد، مستنداً الى ما استظهره من الصحاح والقاموس، غير ظاهر الوجه .

نعم ، الكتب الفقهية تستعمل الوصية بمعنى الوصية بعد الموت و هذا اصطلاح خاص لعله سبب كونها حقيقة فقهائية .

(وهي اما تمليكية) فائدتها تمليك الموصى شيئاً لاخر (أو عهدية) لاتمليك فيه ، مثل الوصية بغسل فلان له ودفنه في مكان كذا .

(وبعبارة اخرى أما تمليك عين) مثل اعطاء زيد داره (أومنفعة) مثل اسكان

---

(١) نهج البلاغة : الخطبة ٨٢ ص ١٨٣ .

أو تسليط على حق أو فك ملك أو عهد متعلق بغيره أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه

زيد في داره الى مدة سنة (أو تسليط على حق) مثل اعطاء غيره حق خياره (أو فك ملك) مثل الوصية بجعل داره مسجداً (أوعهد متعلق بغيره) مثل تزويجه ببنت اختها، أو اشرافه على ولده الصغير (أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه) .

والظاهر ان تقسيمها الى عهدية وتمليكية صرف اصطلاح والا فالوصية ليست الا عهداً ، فانه كما تتعلق بعمل كذا تتعلق بالامور الوضعية كالولاية و افتكاك الملك ، ولذا قال تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين»(١) ومعناها حينئذ الايصاء بترتيب هذه الاثار ، ويفيد ذلك الوضع،فهو مثل أن يوصي أن يكون لزيد ثلثه حيث يفيد الوضع .

ولذا قال بعض المعلقين: الظاهر ان الوصية اصطلاحاً عبارة عن العهد المتعلق بامور راجعة بعد الموت حالها حال الامور الراجعة الى الانسان حال حياته، وكما ان بعضها عقود، وبعضها ايقاعات،وبعضهاوعود، وبعضهااستدعاء كذلك العهود الراجعة الى بعد الموت، فان كان تمليك عين، أو منفعة ، أو نقل حق ، أوتسليطاً ، أو وكالة ، فهو عقد كما في حال الحياة، وان كان ابراءاً أو اسقاطاً ، فهو ايقاع، وان كان عهداً راجعاً الى تجهيزه ورد أمانته، فهو اذن واستدعاء الى غير ذلك .

---

(١) النساء : آية / ١١ .

فالفارق بين الوصيةوغيرها ان الوصية معلقة بالموت وغيرها مرتبطة بحال الحياة فقد يوكل زيداً في أن يحج عنه حال حياته ـ فيما له أن يستنيب ـ و قد يوكله في أن يحج عنهبعد وفاته، وقديولى زيداً على ولده الصغير حال حياته وقد يوليه عليه بعد موته الى غير ذلك . نعم ، قد يصح شيء فى حال الحياة فقط ، وقد يصح في حال الموت فقط ، مثلا : يصح التوكيل لطلاق زوجته حال حياته دون حال موته، ويصح الاستيجار لقضاء صلاته وصومه حال موته دون حال حياته ، و قد يكون مقيداً في حال دون حال مثل اعطاء زيد كل أمواله، فانه لاقيد له في حال حياته بينما مقيد بعد موته باجازة الورثة .

وعليه فالاصل وحدة حال الحياة والموت الافيماخرج بالدليل، فمن جعل الوصية عنواناً مستقلا في قبال العقود والايقاعات لاحظ الاختلافات بينهما ،و من لم يجعلها عنواناً مستقلا في قبالها لاحظ الاصل ، و انما كان الاصل التساوي لانه القاعدة العقلائية والشارع لم يغيرها الا في بعض الخصوصيات

ولذا فاذا شك في ان أى عقد او ايقاع أو ما أشبهنافذبعد الموت بالوصية لايرجع فيهالى اطلاقدليل الوصية،بل الى اطلاق وعدماطلاق دليل تلك العقود والايقاعات ونحوهما .

ومما تقدم ظهر، ان مراد الفاضلين والشهيدين وغيرهم، حيث قالوا انها تمليك عين او منفعة بعد الموت لم يريدوا الحصر ، بل المثال ، و لذا نراهم يزيدون على ذلك كلما توجهوا الى جهة خارجة مثلا .

و تنقسم انقسام الاحكام الخمسة .

قال في القواعد:انها تمليك عين او منفعة بعد الموت، وزاد في التذكرة او تسليط على تصرف .

وقال في الدروس : انها تمليك عين ، او منفعة، أو جعلها في جهة مباحة وقـال في الكفاية : تمليك عين أو منفعة أو فك ملك بعد وفـاة أو تسليط على تصرف بعدها الى غير ذلك، فالاشكال في التعريفات المذكورة بعدم الاطراد والانعكاس غير وارد .

ثم ان الوصية صحيحة ـ في قبال عدمها اطلاقاً ـ بالادلة الاربعة و يكفي من الاجماع قول التذكرة اجمع العلماء كافة فى جميع الامصار والاعصـار على صحة الوصية وجوازها، بل في مفتاح الكرامة قد اجمع علمائنا على نقل الاجماع على ذلك، ومن العقل ان العقلاء يرون ذلك فاحتمال انه اذا مات انقطع عما بعده فأى شأن له في مالايرتبط به غير ظاهر الوجه .

(وتنقسم) الوصية (انقسام الاحكام الخمسة) فقد تكون واجبة، مثل:الوصية بالواجبات كالديون التى عليه، وقد تكون محرمة، مثل: الوصية بـالمحرم، و قد تكون مستحبة كالوصية بقرائة القرآن له، وقد تكون مكروهة، مثل: الوصية بتـأخير أولاده الصلاة الى آخر الوقت ، و قد تكون مباحة ، مثل : الوصية بوضع جنـازته في مـكان كذا الى وقت الحمل ، حيث لامرجح له فعلاولا تركاً .

ومنه يعلم، ان قول بعضهم بالوجوب، وبعضهم بالاستحباب ، او كذا غير الاقسام الاخر، فعن الغنية والسرائر ينبغي، وعن المهذب والراوندى والجامع

يستحب، وعن الكافي انها مما تعبد الله سبحانه العبد به، وعن المقنعة قال: باب الوصية ووجوبها ، ولذا فصل في التذكرة بين من عليه حق فهي واجبة، ومن لاحق عليه فهي مستحبة، الى غير ذلك من كلماتهم .

اما قوله سبحانه: «كتب»(١) و قوله صلى الله عليه و آله و سلم : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية (٢). فالمراد بها الواجبة كما هو المنصرف .

ثم اذا اوصى بالواجب والمستحب والمباح وجب تنفيذها على شرط القبول ونحوه كما سيأتي، واذا اوصى بالحرام حرم التنفيذ، وان قبل، لان الوصية ليست مشرعة ومن الواضح ان قوله سبحانه: «فمن خاف من موصى جنفاً اواثماً فاصلح فلااثم عليه» يراد به في مقابل حرمة المخالفة فلايدل على جواز ترك الاصلاح باتباع الجنف والاثم، واذا اوصى بالمكروه كالمثال المتقدم، فهل يجوز تركها باعتبار ان شرط الله قبل شرطه ـ كما في تلك الرواية ـ او لا؟ باعتبار مادل على ان اللازم تنفيذ الوصية؟ الظاهر الاول، وادلة الثاني منصرفة لمن مثل المكروه فلو اوصى بأن لا تتزوج زوجته وقبلت لايلزم عليها التنفيذ، الى غير ذلك من الامثلة .

(١) البقرة : آية / ١٨ .
(٢) الوسائل : ج / ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٨ .

مسألة ــ ١ ــ الوصية العهدية لا تحتاج الى القبول

(مسألة ـ ١ ـ الوصية العهدية لاتحتاج الى القبول) فان الوصية عهد والعهد يحصل سواء قبل الطرف ام لا؟ فاذا قال: اوصيكم عباد الله بتقوى الله،(١) فلم يعملوا يقال: انه وصاهم فلم يقبلوا ، اما اذا قالت المرأة للرجل: زوجتك نفسي فلم يقبل، لايقولون انها زوجته نفسها فلم يقبل الا على ضرب من المجاز، وكذلك في سائر العقود، حيث لاتحقق لها عرفاً الا بالطرفين، والوصية ليست كذلك، ويؤيده ما سيأتي من وجوب العمل بالوصية على الموصى اليه اذا لم يرد، او رد و لم يبلغ الموصى الرد، ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، امثال السادة الوالد و الجمال و ابن العم وغيرهم، بل قال في المستمسك ماذكره المصنف مما لاينبغي الاشكال فيه .

نعم ، قال السيد البروجردي اى الى قبول الموصى له و ان كانت ربما احتاجت الى قبول الموصى اليه في بعض احكامها .

اقول : الظاهر ان مراد المصنف ذلك لاقبول الموصى اليه .

ومما تقدم يعلم، ان المحكى عن القواعد وجامع المقاصد و المسالك و غيرها من انها عقد ، بل عن الحدائق انه المشهور فى كلامهم ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، غير ظاهر الوجه ولعل مما يؤيد عدم ارادة جميعهم كون كل اقسام الوصية عقداً ما نراهم من النقض والاشكال فى تعريفات بعضهم للوصية [بأنها تمليك عين او منفعة] بالنقض بالوصايا العهدية مع ان قولهم انهـا تحتاج الى

---

(١) نهج البلاغة : الخطبة ٨٢ ص ١٨٣ .

وكذا الوصية بالفك كالعتق

الايجاب والقبول منصب على التعريف المذكور مما يظهر منه ان المستشكل لايسلم بأن الوصية مطلقاً بحاجة الى الايجاب والقبول .

(وكذا الوصية بالفك) أي الانفكاك (كالعتق) فاذا قال: اذامت تحرر عبدي كانت وصية ، وان لم تحتج الى القبول ، وليست عهداً الى أحد ، وكقوله : اذا مت جعلت داري مسجداً ، أومدرسة فان الظاهر انه يصح ، اذهو عقلائي لم يردع الشارع عنه ، فيشمله الوقوف على حسب ماوقفها أهلها ، وكذا اذا قال : اذا مت فذمة مديوني بريء الى غير ذلك من الامثلة .

أما اذا أوصى بأنه اذا مات جعل زيد داره وقفاً ، أوأعتق عبده أو ماأشبه ذلك ، فانه من الوصية المحتاجة الى القبول ، فان الناس مسلطون على أعمالهم فلايحق لانسان آخر ايجاب شيء عليهم ، ولوقال : جعلته ولياً ، أو وكيلا في الاشراف على أولادي، أوعلى أموالي من الثلث ونحوه ، فالظاهر الاحتياج الى القبول في الثاني ، لان الوكالة عقد بخلاف الاول فانه كالاذن ، ولاحاجة الى قبول المأذون ، فكما انه اذا قال له : أذنت لك في دخول داري ، لم يحتج الى القبول ، فانه مأذون في الدخول ، وان رفض كذلك اذا قال : أنت ولي عني ، وقد سبق في بعض المسائل الفرق بين الوكالة والاذن .

ولو أوصى بابراء المديون وبوقف المسجد وبالمضاربة وبالمساقاة احتاج الى القبول ، وأما لو أوصى ولده أن يقضي عنه صلاته فالظاهر عدم الحاجة الى القبول ، لانه وصية بواجب .

وأما التمليكية فالمشهور على انه يعتبر فيها القبول جزءاً وعليه تكون من العقود أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من الايقاعات

نعم ، لوأوصاه بأن يستأجر عنه من يقضي صلاته احتاج الي القبول .

(وأما) الوصية (التمليكية فالمشهور على انه يعتبر فيها القبول جزءاً) في الاثمار (وعليه تكون من العقود) حيث تكون الوصية حينئذ مركبة من ايجاب وقبول .

(أو شرطاً) فهي تحقق بالموصى فقط، وانما تشترط بالقبول (على وجه الكشف) بأن يكون القبول كاشفاً عن انتقال الملك الى الموصى اليه من حين الوصية .

(أوالنقل) أى من حين القبول (فيكون من الايقاعات) القائمة بطرف واحد اذ الشرط ليس داخلا في العلة ، وان لم تتحقق العلة الا به، وفرق ظاهر بين الامرين خارجاً وعقلا، فالنار تحرق بشرط اليبس أوالاقتراب منها ، مثلا، بينما ليس أى منهما داخلا في علة الاحراق ومقوماً له .

وقد صرح غير واحد من الفقهاء بأنها بحاجته الى الايجاب والقبـول ، كأبني زهرة وادريس والفاضلين والشهيدين وغيرهم، بل عن المبسوط التصريح بأنه عقد، وفي مفتاح الكرامة ان كونها عقداً ممالاينكر، وقال جمع منهم: انماهو من العقود الجائزة فيجوز للموصى الرجوع وللموصى له الرجوع ، ويظهر ممن اكتفى بالقبول الفعلي جريان المعاطاة فيها ، واذا قبل الموصى له في حال

ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً

الحياة كان للموصى الابطال ، لانه عقد جائز .

وكيف كان ، فالاحتمالات في المسألة كون القبول جزءاً ناقلا أو كاشفاً أو شرطاً كاشفاً أو ناقلا ، أو انه لا دخل له في انتقال الملك ، بل ينتقل الملك بمجرد الموت ، لكنه ملك متزلزل ، فاذا حصل القبول استقر ، أو عدم دخل القبول في الملك ، ولافي استقراره بل الرد يمنع عن الملك ، فاذا لم يقبل الموصى له ولم يرد ثبت الملك ، وقد نسب كون القبول جزءاً من حينه الى المختلف وغيره ؛ وكونه شرطاً الى المشهور ، وكونه جزءاً من حين العقد الى موضع من المبسوط والخلاف وابن الجنيد ، وان كان في بعض هذه النسب اشكال .

والمصنف اختار الاخير ، ولذا قال : (ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً) ، لكن الظاهر انها عقد والقبول كاشف لا ناقل كما هو الظاهر من المشهور ، فليس القبول شرطاً ولاجزءاً ناقلا ولاغير ذلك من الاحتمالات .

وذلك لان تملك الموصى له بدون قبوله تصرف فيه ، وخلاف سلطنة الانسان على نفسه ، فكما تحتاج الهبة الى القبول ، كذلك الوصية التمليكية ، وكما لاحق للموصى في تمليك الموصى له في حال حياة الموصى لاحق له في تمليكه بعد مماته ، ولايرد على ذلك الاماأورده جمع منهم السيد الوالد بقوله: الظاهر عدم مدخلية القبول في صدق الوصية وتحققها.

نعم ، هو جزء أو شرط في تحقق الموصى به فيما كان تصرفاً في الغير وضعاً

....

أو كلفة من حيث سلطنة ذلك الغير على نفسه، لامن حيث كون الوصية أمراً قائماً باثنين ، ولذا لايعتبر في مثل الوصية بالعتق ، وبكون ثلثه في سبيل الله ، وفي العهدية البالغة بعد الموت مع اتحاد حقيقة الوصية في مواردها، وماأورده آخرون منهم المستمسك حيث قال: ويشكل بماذكروه من اعتبار التوالي بين الايجاب والقبول، وان موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فكيف يصدق العقد في المقام ـ انتهى. وفيهما مالايخفى :

اذ يرد على الاول : ان الوصية التي تصدق مع عدم القبول ان اريد بها الايجاب فقط فصدقها لاتنفع ، وان اريد بها حقيقة الوصية فلاصدق ، فالوصية مثل سائر الايجابات فاذا قالت : زوجتك نفسي فلم يقبل الرجل صدق انها زوجت نفسها فلم يقبل فهل يقال: انه تزويج؟ وكذا اذا قال: أنت وكيلي فلم يقبل صدق أنه وكله فلم يقبل فهل يقال: انه وكالة ؟

والحاصل: ان قولهم وصى يراد به الايجاب فقط مثل قولهم زوجت ووكل الى غير ذلك، فالوصية كسائر العقود قائم باثنين، ولاينقض ذلك بالوصية بالعتق والانقض ذلك بمثل النكاح، فهل يقال بانه ايقاع؟ حيث بنائهم ان نكاح المولى عبده بامته ايقاع، والحل ان الحقيقة الواحدة تختلف مواردها، ولعله لذا يظهر من الشيخ المرتضى ان الوجه في ذلك اصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول واشكال المستمسك عليه بقوله : فيه مع انه لايقتضي الجزئيـة ، بل ماهو أعم منها ومن الشرطية، انه لامجال للاصل مع الدليل وهو اطلاقات نفوذ الوصيـة

....

وصحتها لاسيمابعدقوله تعالى: « فمن خاف من موص جنفاً »[(١)] الى آخر كلامه، غير وارد .

اذ أولا: ان أصل القيام بالطرفين الجزئية في كل طرف، فأيوجه للشرطية في طرف القابل دونالموجب، والالنقض كلامه بالقبول فيالبيع وفي الاجارة وغيرهما .

وثانياً: لانسلم الاطلاق، والاية لادلالة فيها، بلهى مثل من خاف منبائع جنفاً، اذ المرادبه الموجب فقط، بقي الكلام في اعتبار التوالى، وفيه: انه أى دليل على ذلك، وهلاللازم في كل عقدذلك، ومنأين ذلك؟ فان العرفلايرون التوالى في الوصية والشارع قررهم .

ومماتقدم يعرف ، ان قول السيد البروجردى : ان القبول وان كان معتبراً فى تحقق الموصى به جزءاً أوشرطاً ، لكنـه غير معتبر في تحقق الوصية حتى تكون من العقود بذلك ، فالايجاب من الموصى كاف في صدق انـه أوصى بكذا، وفي ترتب أحكامها من حرمة التبديل والتصرفات المزاحمة ، وان كان غير كاف فى تحقق الموصى به في الجملة ، الى آخر كلامـه . غير ظاهر الوجه .

أولا: للتلازم بين تحققالوصية، وتحققالموصىبه، فكيف يتحققأحدهما

---

(١) البقرة : آية / ١٨٢ .

. . . .

دون الاخر مع انهما وجهان لحقيقة واحدة .

ثانياً: ان ايجاب البيع كذلك، فاذا قال: بعت صدق انه باع بمعنى أوجب وفى المقام كذلك .

ثالثاً: لانسلم ترتب الاحكام قبل القبول الابمعنى المراعاة ، وذلك لايدل على كونها ايقاعاً، والافاذا عقد الابوان الصغيرين فمات الزوج ترتب الاحكام قبل قبول الصغيرة حتى تكبر، فان قبلت انتقل اليها الارث وحرمت المحرمات عليها، مثل أب الزوج وغيره، فهل ذلك يجعل نكاحهما ايقاعاً ؟

أماقول السيد المذكور ـ بعد كلامه المتقدم ـ فالوصية بما هي وصية من الايقاعات مطلقاً، وان كانت جزء السبب للملكية، ولذا لاتبطل بتخلل الموت بين ايجابها وقبولها مع ان اعتبار المعاقدة مع تخلله غير معقول ، فلم يعرف وجه عدم المعقولية بعد انه أمر اعتبارى والعرف اعتبره، والشارع قرره ، أولا أقل من انه لم يردع عنه ممايفيد التقرير أيضاً، ثم ان كون الرد مانعاً لااشكال فيه ولاخلاف اذا وقع بعد الموت وقبل القبول.

قال فى مفتاح الكرامة : اجماعاً كما في التحرير، وشرح الارشاد للفخر، والايضاح والروضة ، وظاهر غاية المراد والروض والكفاية ، وبلاخلاف كما في السرائر وجامع المقاصد ، ولانعلم فيه خلافاً كما في التذكرة، وفي الحدائق ظاهرهم الاتفاق عليه، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وفي كلام الشيخ المرتضى [ره] الاجمـاع عليه ، الى غير ذلك . وسيأتى تفصيل الكـلام في أقسام الرد .

وعليه تكون من الايقاع الصريح ودعوى انه يستلزم الملك القهرى وهو باطل فى غير مثل الارث مدفوعة بأنه لامانع منه عقلا ومقتضى عمومات الوصية ذلك مع ان الملك القهرى موجود فى مثل الوقف.

(وعليه تكون) الوصية (من) العقد لا (الايقاع) وقوله: (الصريح) لانه ليس فيه شائبة عقد ـ على مبنى المصنف ـ اذ ليس القبول لاجزءاً ولاشرطاً .

(و) الاشكال على كونها ايقاعاً بـ(دعوى انه) لو كان ايقاعاً (يستلزم الملك القهرى وهو باطل) لانه خلاف سلطنة الناس على أنفسهم، لان الموصى تمكن ان يدخل فى ملك الانسان شيئاً بدون ارادته .

(في غير مثل الارث) حيث دلت الادلة الشرعية على ان الارث اضطرارى شاء الوارث أم أبى ، بل قالوا انه لولم يقصد الانسان الحيازة لم يملك ماوقع تحت يده ، أو فى داره من طير ونحوه ، ولذا اذ لم يقصد حيازة مافي جوف السمكة لم يملكه ، وان ملك السمكة .

(مدفوعة بأنه لامانع منه عقلا) اذ لايلزم منه محال.

(ومقتضى عمومات الوصية ذلك)(١) فيقدم العموم على دليل السلطنة، لانه حاكم عليه ـ لدى الجمع عرفاً ـ (مع) ان الملك القهرى غير عزير، فـ(ان الملك القهرى موجود فى مثـل الوقف) الذرى حيـث يملك الذرية بدون ارادتها، ومثل الوقف غير الذرى اذا جعل الثمر لاشخاص خاصين مثلا، هذا

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ١ .

....

ولكن فيه ماتقدم ولاعموم حاكم في المقام فكلما دل الدليل كالارث والوقف نقول به، وكلما لم يدل كان عموم دليل السلطنة محكماً، ولذا نرى الفرق بين الوصية وبينهما، حيث ان الرد لايدع مجالا لها بينما الرد لايمنع من الملك فيهما .

قال بعض المعلقين: ان كونها ايقاعاً خلاف ماارتكز عند العرف من كون التمليك والتملك عقداً لاايقاعاً ، فلابد لاثباته من دليل شرعى تعبدى ، وليس في ادلة الوصية مايدل على ذلك الا مادل على انه لومات الموصى له قبل موت الموصى فالوصية لوارثه، ويحكم على ان الوصية لوارث الموصى له مع قبوله فالمتيقن مما ثبت به تعبداً على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه مع قبوله لا بدون قبوله .

أقول: وعلى ماذكرناه من الاحتياج الى القبول لو قبل بعض الملك دون بعضه، فان كان انشاء الوصية من قبيل التقييد بطلت والاصحت.

مسألة ــ ٢ ــ بناءاً على اعتبار القبول فى الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلا اشكال

(مسألة ـ ٢ ـ بناءاً على اعتبار القبول فى الوصية) وهو الصحيح كما تقدم فى التمليكية ونحوها، مثل الوصية باعطاء حج عنه، الى غير ذلك مما تقدم.

(يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلااشكال) وهو المشهور، كما يظهر من كلماتهم، وفى المسالك لااشكال في اعتبار قبوله بعد الموت، وفي الحدائق انه لااشكال ولاخلاف فيه، وقال في القواعد لايشترط اتصال القبول بالايجاب فلو قبل بعد الموت بمدة أوفي حال الحياة بعد مدة صح.

وقال في مفتاح الكرامة: أماعدم اشتراط اتصاله بالايجاب فهو ممالاخلاف فيه.

أقول: لانه قد يتصل كما اذا مات بعد الايجاب فوراً فقبل بحيث اتصل القبول بالايجاب ولايخفى انه يصح تقديم القبول على الايجاب، كما اذا قال هل أنا وصيك؟ فقال: نعم أوماأشبه ذلك.

والظاهر عدم اعتبار الاتصال بينهما، فلو قال: هل أنا وصيك ـ الان ـ؟ وأجابه بنعم بعد سنة صح أيضاً لاطلاق الادلة بعدكونها عقلائية مما لاانصراف في الادلة عنها.

ولايخفى ان عبارة القواعد لاتناقض مايأتى عنه من عدم الاثر للقبول حال الحياة، لان كلامه هنا بناء على قول من قال بجوازه حال الحياة.

وكيف كان، فالظاهر ان قولهم بعد وفاة الموصى لايراد منه مطلقاً حتى اذا أخر القبول بعد الموت بعشر سنوات فيما لايتعارف، مثل ذلك التأخير اذ

وقبل وفاته على الاقوى

قد يؤخر فيما لابأس بتأخيره، مثـلا قال له: زوج ولدي بعدي والولد لايريد الزواج الابعد عشرين سنة من الموت، فانه يصح له تأخير القبول الى عشرين سنة، لانه يتعارف ذلك، والعقلاء يرون عدم البأس به، فاطلاق الادلة تشمله.

وقد يؤخر فيما يفوت الوقت، مثل مالوأوصى اليه بأن يملك حاصل بستانه حيث انه اذا أخر القبول الى بعد ثلاثة أشهر من الموت فسد الحاصل ، وهل هنا تبطل الوصية؟ لان القبول لم يلحق به ، ولايتعارف مثل هذه الوصية عرفاً فالادلة منصرفة عنه، ولذاكانت الثمرة للوارث، أولا تبطل؟ بل يجبره الحاكم بالقبول أوالرد لان الايجاب معلق .

وربما يقال بمثله فيما لوزوجت نفسها من زيد فضولة، ولم يقبل زيد ولم يرد، حيث انلها جبره بسبب الحاكم بأحدهما لان البقاء ضرر عليها، أويفصل في الفضولى بين عدم الضرر فلا جبر وبين الضرر فالجبر، لايبعد بطلان الوصية لانها ليست عرفية، فالادلة لاتشمله.

وقد يؤخر فيماله وقت الان وبعداً فليس كالاول ولاكالثاني، مثل أن يوصى ان داره لزيد ، حيث لايفوت الوقت بتأخيـره القبول الى عشرين سنة، كما ليس وقته خاصاًبما بعد عشرين سنة والظاهر هنا جبر الحاكم له بأحدالامرين من القبول والرد، لان البقاء هكذا ضرر على الوارث ، اللهم الا فيـما اذا لم يكن التأخير متعارفاً فأدلة الوصية لاتشمله، والمسألة بعد بحاجة الى التأمل.

(وقبل وفاته على الاقوى) نسبه في المسالك الى الاكثر ، بل الظاهر انـه

ولاوجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة لانها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية فلا محل له ولانه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفيان حال الحياة اذ نمنع عدم المحل لـه اذ الانشاء المعلق على الـموت قـد حصل فيمكن القبول المطابق له

المشهور بينهم، بل عن التنقيح ان عليه الفتوى مؤذناً بدعوى الاجماع.

(ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة) كما في القواعد، و عن المختلف وصيغ العقود وجامع المقاصد، ومحتمل اللمعة، بل ربمانسب الى الاخير ادعائه الشهرة على عدم الصحة حال الحياة فراجع مفتاح الكرامة لكنه ليس بمشهور قطعاً .

وقد علل عدم الصحة بـ(لانها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبـول قبل الوصية) اذ لا فرق في عدم تحقق موضوع القبول [الذى هو الايجاب المشروط بالموت] بين عدم الايجاب، أوعدم الشرط .

(فلا محل له) قبـل الموت (ولانه كاشف أوناقل وهما معاً منتـفيان حال الحياة) أماانتفاء الكشف فلان الكاشف عن الملك يجب ان يتأخر عنه ، ومن الواضح امتناع الملك قبل الوفاة، وأما أنتفاء النقل فلانه اذا تم العقد وجب ان يترتب عليـه أثره وهو هنا ممتنـع قبل الموت ـ وهذان الاستدلالان ذكرهما جامع المقاصد ـ وفي كليهما نظر .

(اذ) يرد على الاول : انا (نمنـع عدم المحل له اذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له) فأى فرق بين الايجاب حتى يصح

والكشف والنقل انمايكونان بعد تحققالمعلق عليه فهما فىالقبول بعد الموت لامطلقاً .

والقبول حتى لايصح مع ان القبول هو الرضا قولا بمضمون الايجاب ، فاذا صح التعليق في الايجاب صح فى القبول المطابق له .

وقد مثل المحقق الثاني لعدمصحة القبول قبل الموت بمالو باعه ماسيملكه فقبل، وفيه: ان الشارع منع عنه ايجاباً وقبولا ، ولولا منعه لم يكن مانع عنه، كما يتعارف عند بعض الناس من بيع ملك أبيهم حتى اذا مات سلمه ، و كذا بيع مايأخذه من السمكة، أويقطع من الاشجار في الغابة أو ما أشبه ذلك ثم هناك لايصح شرعاً لاالايجاب والقبول فكيف يكون مثالا للوصية، حيث يصح فيها الايجاب على قول المحقق أيضاً.

(و) يرد على الثاني: ان (الكشف والنقل انما يكونان بعد تحقق المعلق عليه) فلاكشف ولانقل قبل ذلك حاله حال اجازة المالك في بيع الفضولي، حيث ان الكشف والنقل لاتحقق لهما قبل الاجازة (فهما فى القبول بعدالموت لامطلقاً) ولايقال انه اذا لم يكن القبول قبل الموت كاشفاً ولاناقلا فلا أثر له لانه يقال له أثر الانتقال بعد الموت لانها هكذا اعتبراه ، اذ هو من الامور الاعتبارية ، لامن الامور الحقيقية حتى يقال بعدم معقولية التفكيك بين المؤثر والاثر.

مسألة ـ ٣ ـ تتضيق الواجبات الموسعة بظهور امارات الموت مثل قضاء الصلوات والصيام والنذور المطلقة والكفارات

(مسألة ـ٣ ـ تتضيق الواجبات الموسعة) كما تجب مؤكداً الواجبات المضيقة ـ أيضاً ـ كما اذا كان عليه قضاء عشرة أيام من الرمضان الماضي و بقى الى الرمضان الثاني عشرة أيام، فانه في نفسه مضيق، وحيث يعلم بموته أول رمضان ـ مثلا ـ تجب وجوباً مؤكداً أيضاً حاله حال نذر الواجب حيث لامجال لقضائه بنفسه بعد الموت بينما لو بقى حياً تمكن من قضائه .

(بظهور امارات الموت) وانما يجب لانه لولم يفعل ومات كان عاصياً فطريق الاطاعة العقلائية تقتضي ذلك.

ومنه يعلم ، انه اذا أخر ولم يمت وأتى بها بعد ذلك كان تجرياً، أما مع احتمال عدم التمكن احتمالا لايعتنى به العقلاء لاتجب المبادرة ، لان طريق الاطاعة ـ كما عرفت ـ مأخوذة من العقلاء، والشارع لم يغيرها وهم لايرون لزوم المبادرة مع الاحتمال المذكورة .

وبذلك يظهر، انه لاحاجة الى التمسك بالاجماع، كما فعله المستمسك قال : ان مقتضى ماذكره لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكن من الفرد الاخر ، وان لم تكن امارة على عدمه ، ولاظن بعدمه الا ان الاجماع القولي و العملي اقتضى جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق.

(مثل قضاء الصلوات والصيام والنذور المطلقة والكفارات) كما اذا نذر الاتيان بصوم أوبصلاة أو كانت عليه كفارة هي صوم أو ما أشبه من الاعمال الجسدية .

ونحوها فيجب المبادرة الى اتيانها مع الامكان ومــع عدمه تجب الوصية بهاسواء فاتت لعذر أو لا لعذر

(ونحوها)كالحج الواجب عليهونذر الزيارة وصلة الرحم الواجبة (فيجب المبادرة الى اتيانها مع الامكان) ولوتعارضت قدم الاهم انكان أهم علم بهوان علم بعدمالاهمية أوعلم بالاهمية لكن لم يعلم ايهما ، أتى بأيهما شاء واحتمال القرعة بعيد (ومع عدمه) أي عدم امكانه (تجب الوصية بها) انكانت قابلةلذلك أما مثل صلة الرحم ووطي الزوجة لرأسأربعةأشهر ـعلىالمشهور من وجوبه كل اربعة اشهر مرة ـ ونحوهما فليس قابلا للوصية لكن لايخفى ان وجوب الوصيةبها مشروط بشرطين:

الاول: احتمال فائدة الوصية احتمالا عقلائياً ، أما اذا علم بعدم الفائدة لم يجب، اذ لادليل على اللزوم حينئذ.

الثاني: اذا كان الوارث أوماأشبه يعلم بما عليه ، ويطمئـن بايصالهم ولو بدونالوصيةلمتجب لانها ليست واجبة لنفسها، بل طويقى كما يستفادمن قوله عليه السلام: من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية.(١)

ثم المراد بالوصية بها أن يفعل مايمكن انيؤتي بالواجب بعده، مثلا: اذا أعطى شيئاً في حياته لانسان حتى يأتي بحجة بعد موتـه كفى ، لان المقصود الاتيان بذلك الواجب، سواءكان بسبب الوصية أوغيرها .

(سواء فاتت) تلك الواجبات (لعذر أو لالعذر) لاطلاق مادل علىوجوب

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا ح ٨ .

لوجوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة وان لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجرى فيها

التدارك، سواء بالنسبة الى اتيانه بنفسه مع الامكان أو الوصية به مع عدمه.

(لوجوب تفريـغ الذمة بما أمكن في حال الحياة) سواء فرغ بنفسه أو بنائبه، اذ التكليف متوجه اليه، فاذا لم يفرغ بنفسه أو بنائبه ـ فيما له النيابة ـ فقد عصى، ولذا يلزم عليه أخذ النائب للحج عن نفسه اذا لم يقدر على الحج بنفسه .

والحاصل: ان الافراغ طريق الى الاطاعة الواجبة عقلا وشرعاً.

(وان لم يجز فيها النيابة) في حال الحياة مثل قضاء صلاة وصوم لا تصح النيابة حال الحياة (فبعد الموت تجرى فيها) النيابة فانه لاشك في صحة قضاء صوم وصلاة الميت لما ذكروه في بحث القضاء من كتاب الصلاة والصوم، و لولا خوف الشهرة المحققة لم نستبعد صحة النيابة فيهما حال الحياة أيضاً اذا لم يقدر بنفسه، وذلك للتعليل في رواية الحج عن الشيخ الكبير بأنه كالدين، بل والمناط في نفس رواية الحج اذ أي فرق بين الحج وبين الصلاة والصوم مضافاً الى ان الحج مشتمل على الصلاة فأي فرق بين النيابة عن صلاة العاجز الواجبة عليه في الحج و صلاة ظهره مثلا ، وقد أفتى الشرائع بصحة اتيان النائب صوم الكفارة ولم نستبعده نحن في شرح الصوم من الكتاب ، بل و المناط في النيابة في الزكاة حيث ورد بها دليل والخمس كما هو المشهور مع انهما عبادتان كالصلاة والصوم .

ويجب التفريغ بها بالايصاء

وكيف كان ، فاذا قلنا بعدم صحة النيـابة في حال الحياة بالنسبة الى قضاء الصلاة والصوم، لعدم الدليل والاصل العدم، وصحة النـيابة بعد الموت كما يدل عليـه الاطلاقات الواردة في ان الصلاة و نحوها تصل الى الميت ، وان أصحاب الامام عليه السلام كانوا يصلون عمن مات منهم في قصة الثلاثة الذي بنـوا على ذلك ـ ولو بفهم وحدة الملاك في القضاء والصلاة التبـرعي عن الميت ـ (يجب التفريغ بها) بالنيابة (بالايصاء) لانها نوع تفريغ فاللازم على المديون تهية ذلك بالوصية، كما انـه الحال في الدين ، فمن لم يوص لاداء دينه مما سبب ضياع الدين كان مخالفاً عرفاً لامر اداء الدين و كذلك المقام.

نعم، يجب ان يقيد وجوب الايصاء باحتماله احتمالا عقلائياً قيام الوصي بذلك، وبأنه لولا الوصية لم يؤت بها ، فأذا علم أواحتمل عقلائياً عدم فائـدة الوصية لم تجب، لان الوصية حينئذ لغو فلا يشملها دليل اداء العبادة، كما انه اذا علم انه يؤتي عنه، وان لم يوص لعلم ولده البار بذلك واداثه للعبادة كانت الوصية لغواً أيضاً .

وبماذكرناه ظهر وجه النظرفي ناطة المستمسك الوجوب وعدمه بالعلم، اذ قد عرفت ان الاحتمـال العقلائي هو المدار ، قال : أمـا مع العلم بالعمل بالوصيةفوجوبها ظاهر، لانهنوع من التفريغ للذمة، وأمامع عدم العلمفلوجوب العمل عقلا مع الشك في القدرة ، ولايجوز ترك العمل حينئذ لاحتمـال عدم القدرة .

وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها

(وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده) فقد ذكروا في كتاب الوديعة الدليل على ذلك من الروايات الكثيرة الدالة على وجوب رد الوديعة، الشاملة باطلاقها للمقام، بالاضافة الى قوله سبحانه: «ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها»[1].

(كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها) كحاصل المساقات والمزارعة فيما لا يعلم برضى أصحابها ببقائها في يد الوارث، وكذا ما غصب وغيرها، وهذا هو المحكى عن التذكرة في موضع، وفي الشرائع وجوب الاشهاد، وفي الجواهر في شرحه، بل لا أجد فيه خلافاً.

نعم، في القواعد ابدال ذلك بالوصية بها، ولعله يريد ذلك ـ انتهى.

أقول: الواجب في الحال وقته سواء كان نحو وديعة حل وقتها أو في الغصب: أمران:

الاول: الايصال.

والثاني: كون الايصال فوراً، أما في غير الحال وقته فالواجب الايصال في وقته بالنسبة الى الموقت، ومما لا يعد تضييعاً في غير الموقت، واللازم في القسم الاول ـ الحال وقته ـ ايصاله بنفسه في حياته أو بالوصية بعد مماته اذا كانا متساويين في حصول الفورية، مثل ان الطالب بعيد فلا فرق بين أن يرسله بنفسه

(١) النساء: آية / ٥٨.

ومع عدم الامكان يجب الوصية بها ، وكذا يجب أداء ديون الناس الحالة ، ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها

اليه، حيث يصل اليه غداً مثلا، أو يوصي انه اذا مات [وموته بعد ساعة فرضاً] يوصل اليه ، بل اذا كان الاشهاد يعطي نفس النتيجة كان قسيماً للايصال بنفسه والوصية لتكافى الادلة فلاخصوصية لاحد الثلاثة .

أما اذا كان أحد الثلاثة موجباً للايصال في الوقت قدم على غيره لان فى غيره يفوت واجب الفور، واذا فوت الفورعمداً أوعذراً كان عليه أن لايفوت أصل الايصال لتعدد المطلوب كما عرفت .

ومنه يعلم ، الكلام في القسم الثاني ، كما يعلم حال ماإذاكان بديل رابع كالكتابة والضبط فى الشريط والاشارة وغيرذلك ، لان الاطلاقات شاملة لكل ذلك .

وبماتقدم يظهروجه قوله: (ومع عدمالامكان يجب الوصيةبها، وكذا يجب أداء ديون الناس الحالة) التي لم يأذن المالك ببقائها سواء كان ديناً من جهة الاستقراض والمعاملة ، أومن جهة الضمان كالاتلاف والدية، فان حبس حقوق الناس محرم شرعاً وعقلا .

(ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها) لما تقدم من وجوب افراغ الذمة المتوقف على الوصية، وقدتقدم ان لها بديلا أيضاًفتكون على نحو الواجب التخييرى .

الا اذا كانت معلومة أو موثقة بالاسناد المعتبرة

(الااذا كانت معلومة) للوارث ونحوه بحيث لاأثر للوصية وجوداً ولاعدماً اذقد تقدم في أول الكتاب عدم وجوب الوصية .

نعم، اذا كان للوصية أثرفي اثبات الحق، أوفي ايصال الحق، أوفي اسراع وصول الحق ـ فيماكان الاسراع واجباً ـ لم يجزتركها.

ومنه يعلم، وجه ماذكره المستمسك بقوله: بل اذالم يكن للوصية أثرالا بالتهديد والتوعيد بالعقاب على تقدير المخالفة وجب ذلك أيضاً ، فاللازم فعل كل ماله دخل في حصول الفراغ ـ انتهى .

وكان اللازم اضافة في الوقت اللازم الفراغ فلولم يوص افرغت ذمته متأخراً مما لايجوز التأخير بينمااذاأوصى أفرغت في وقت الوجوب، أوالاسرع من الابطاء مثلا: كان اللازم الافراغ يوم السبت، فاذا لم يوص أفرغت يوم الثلاثاء، واذا أوصى أفرغت يوم الاثنين كانت اللازمة الوصية.

ومنه يعلم ، حال ماذا كان حقان وكانت الوصية توجب افراغ الذمة عن أحدهما، لان الواجب من باب تعددالمطلوب، وعلى ماتقدم فاذا احتاج الامر الى الثبت عند الدولة للوصية لزم أيضاً فلايكفي الايصاء فقط ، كماانه ظهر مماتقدم حال غيرالديون مثلا :كانت وصيته بصلاة أولاده أوعدم ايذائهم امهم مؤثرة في فعلهم المعروف وتركهم المنكر، فانها واجبة حينئذ من باب اطلاق أدلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(أوموثقة بالاسناد المعتبرة) ومما تقدم يظهر، وجه تعليق الوالـد بقوله : بحيث لاتحتاج الى الاثبات والبينة واليمين، والافالظاهروجوب الوصية بها .

وكذا اذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فانه يجب عليه اداؤها أو الوصية بها ولافرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا اذا احتمل وجود متبرع أو اداؤها من بيت المال .

أقول: اذا كان للدائن بينة ـ مثلا ـ بحيث يثبت حقه، فهل اللازم الوصية المغنية عن الاثبات بالبينة أو لا؟ احتمالان ، وقد يفصل بين ضرر وعسر وحرج الدائن عند عدمها فاللازم الوصية لرفع تلك الامور مما يدل على عدم جواز القاء الغير فيها بخلاف ما اذا لم يستلزم ترك الوصية تلك الامور فلا يلزم وهذا غير بعيد .

(وكذا اذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك) كالمظالم والكفارة وغيرهما (فانه يجب عليه اداؤها أو الوصية بها) أو ما أشبههما مما يوجب وصول الحق الى أهله، لما دل على حرمة منع الحقوق وحبسها ـ كما تقدم تفصيله ـ .

(ولافرق فيما ذكر) من وجوب الوصية (بين ما لو كانت له تركة أو لا) أما الوجوب حال عدم التركة فهو في ما (اذا احتمل وجود متبرع أو اداؤها من بيت المال) حيث الـواجب عليه اداء ديون الاموات ، كما دل عليه النص المذكور في [كتاب الزكاة] فراجع .

وكذا اذا كان له طلب على الناس لايؤدونه الا اذا أوصى، أو احتمل ذلك احتمالا عقلائياً .

مسألة ــ ١٤ ــ رد الموصى له للوصية مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكية

(مسألة ــ ٤ ــ) رد الموصى له للوصية على أربعة أقسام : لانه أما ان يرد قبل موت الموصي أوبعده، وعلى أي حال، فالرد أما أن يكون بعد القبول أو بدون القبول .

وقد تعرض المصنف في هذه المسألة الى احكامها فقال : (رد الموصى له للوصية مبطل لها أذا كان قبل حصول الملكية) لما تقدم من ان الوصية الملكية عقد ، والعقد يبطل اذا لم يلحق الايجاب القبول : أي لاينعقد ، ولذا قال في التذكرة : لانعلم فيه خلافاً ، وفي المستمسك : انه يظهر من كلماتهم انه من المسلمات ، وعن الشيخ المرتضى [ره] تكرر نقل الاجماع عليه ، وعن الجواهر الاجماع بقسميه عليه .

هذا ولكن غيرواحد من المعلقين اشكل على المتن، قال الوالد: فى هذه الكلية نظر فلايترك مقتضى الاحتياط فى الرد الواقع بعد القبول حال الحياة لتمامية عقد الوصية بالقبول، ولادليل على تأثيرالرد بعدها وكون الوصية عقداً جائزاً يختص دليله بالموصى ، كما يشير هواليه .

وقال معلق آخر : ان الاقسام الاربعة، الاجماع تام على ابطال الرد بعد الموت قبل القبول وفي غيره لااجماع ، فالاصل عدم البطلان في ثلاثة منها .

أقول : الوجه في ذلك ان مطلق العقد لادليل على ابطال الرد فيه بعد الايجاب اذا لحقه القبول، فاذا قال: بعت ، فقال المشتري : لااريد ، ثم قال :

واذا كان بعد حصولها لايكون مبطلا لها، فعلى هذا ، اذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول

قبلت، لم يكن دليل على بطلانه، بل انه بعد قوله: قبلت ، يصدق عليه و على الموجب [عقودكم] المستفاد من [أو فوا بالعقود][1].

ويؤيده كون الامر كذلك في العقد الفضولي، كما ورد في رد الاب بيع الجارية، ثم قبوله، والوصية من تلك العقود،فالقول بالبطلان غير ظاهرالوجه ولذا جعل المستمسك العمدة في البطلان الاجماع، وحيث انه محتمل الاستناد خالف فيه غير واحد من المعلقين فراجع .

لكن يلزم ان يقال : ان القبول بعد الرد في حال الحياة انما ينفع اذا لم يسترد الموصي الايجاب والالم ينفع كما هو واضح، بل قد تقدم انها جائزة من قبل الموصي، فله أن يسترجع، وان قبل الموصى له .

وكيف كان،فالتمسك لمبطلية الرد اذا كان قبل حصول الملكية باصالة عدم ترتب الملكية، غير ظاهر الوجه : لان الاصل لامجال له بعد إطلاق الدليل كما تقدم .

(و اذا كان بعد حصولها) بأن رد بعد أن حصل الملك (لايكون) الرد (مبطلا لها) وذلك لاستصحاب بقاء الملكية بعدعدم دليل على كون الرد مبطلا .

(فعلى هذا، اذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول) يكون مبطلا، لان

---

(١) المائدة : آية / ١ .

أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلا لها لعدم حصول الملكية بعد

الرد منع حصول العقد بالقبول المتأخر عن الرد، فقد تقدم ان الوصية التمليكية عقد يحتاج الى الايجاب والقبول ، والرد بعد الايجاب لايدع مجالا للحوق القبول بالايجاب اذا كان الرد بعد الموت ، لكن لا يخفى انه يرد على المصنف ان كلامه هذا مناف لما سبق منه من قوة احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكية بموت الموصى له قهراً ، اللهم الا أن يرفع التنافي بأنه ملتزم بكون الرد كاشفاً عن عدم الملكية بالموت ، و لذا قال السيد البروجردي: ان فتوى المصنف مبني على كون الرد كاشفاً عن عدم حصول الملكية بعد الموت وهو ضعيف ، ولم أجد به قائلا منا ، وان قال به الشافعي في أحد أقواله .

(أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلا لها) وذلك لان الوصية عقد جائز ولكلا الطرفين رده بعد تمام العقد ، والمفروض ان الملكية لم تحصل بعد ، اذ هي بعد الموت لا في حال الحياة ، ولذا أتم كلامه بقوله : (لعدم حصول الملكية بعد) بل يظهر من الجواهر الاجماع على البطلان في المقام، حيث رد اطلاق الشرائع [بأنه اذا رد في حياة الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته] فانه شامل لما اذا كان الرد بدون القبول أو بعده .

قال في الجواهر : يشكل ذلك بها ظاهرهم الاجماع عليه من كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخه حينئذ ، ولاريب في اقتضائه بطلان العقد ـ انتهى .

....

وظاهر ابن العم تبعية الشرائع حيث قال : في مبطلية الرد اذا كان حال حياة الموصى وبعد القبول اشكال .

أقول: اذا كان الرد بعد القبول، أو قبل القبول، ثم قبل وكان كل ذلك في حال حياة الموصى، ولم يرفع الموصى يده عن ايجابه الظاهر صحة الوصية، لانه اذا رد ثم قبل أو قبل ثم رد ثم قبل، والحال ان الموصى باق على ايجابه صدق عليه [عقود كم] المستفاد من [اوفوا بالعقود](١) بل حيث ان العرف يرون لحوق القبول ـ اخيراً بالايجاب والشارع لم يحدث طريقة جديدة ـ كان اللازم القول بصحة الوصية .

نعم ، اذا رد الموصى له ورفع الموصى يده عن ايجابه لم ينفع القبول ، لانه بعد رفع يده عن ايجابه لم يصدق [عقود كم] ويؤيد الصحة ، اذا قبل الموصى له بعد رده ـ في حال حياة الموصي ـ ماتقدم من بيع الجارية فضولا ، حيث ان الاب لما قبل بعد رده جعله الامام عليه السلام صحيحاً ، ولذا الذى ذكرناه من تحقق العقد اذا قبل بعد الرد ـ في حال حياة الموصى ـ قال الوالد في تعليقة له على قول المصنف الاتى [حيث حكموا ببطلانها بالرد] : لم يعلم حكمهم بذلك ، بل حكموا بصحة القبول حال الحياة بعد الرد كما هو الاقرب فيها وفي سائر العقود مالم يرجع الموجب عن الايجاب ولـم تفت الموالات المعتبرة فيها ـ انتهى .

وعلى ماذكرناه ، فاذا تحقق القبول بعد الرد في حال حياته نفع في انعقاد

---

(١) المائدة : آية / ١ .

واذاكان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلا سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله وسواء كان قبل القبض أو بعده بناءاً على الاقوى من عدم اشتراط القبض فى صحتها

الوصية ، واذا رد بعد موت الموصى ثم قبل لم ينفع ، لانـه لااطلاق للادلة يفيد كفاية القبول بعد الرد ـ الرد الحاصل بعد الموت ـ فاذا شك فـي تحقق العقدكان الاصل عدمه .

(واذاكان) الرد (بعد الموت وبعد القبول لايكون مبطلا) وقد نقل مفتاح الكرامة على عدم البطلان حينئذ الاجماع عن القواعد والتذكرة وولده فـي شرح الارشاد والدروس والمسالك والمقداد وظاهر غاية المراد والروض .

(سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أوقبله) وذلك لاصالة عدم ابطال الرد والاجماع المتقدم واستصحاب بقاء الملك الذى ملكه بالقبول بالموت .

(وسواء كان قبل القبض أو بعده) اذ الملكية تتحقق بالموت فلاأثر لعدم القبض ، فان القبض لامدخلية له في الملك ، اذ لادليل على مدخليته .

(بناءاً على الاقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها) كما هو المشهور المحكى عـن الشرائع والتذكرة والارشاد والتلخيص والايضاح والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم خلافاًالمحكي عن المبسوط وجامـع ابن سعيدبل والوسيلة حيث شرطوا القبض في تحقق الملك ، فقال أولهم : كماحكى والصحيح انه يصح الرد لانه وان كان ملكه بالقبول ، لكنه لم يستقر ملكه عليه مـا لم يقبضه فصح فيه الرد ، كما ان من وقف عليه شيء فانه رد صح ذلك ، وان كان قد ملك الرقبة والمنفعة أواحديهما ـ انتهى .

....

واستدل له في المستمسك بأن الوصية التمليكية كالهبة والوقف لاشتراكهما في العلة المقتضية وهو العطية المتبرع بها مع أولوية الحكم في الوصية من حيث أن العطية في الهبة وما في معناها منجزة ، وفي الوصية مؤخرة والملك في المنجز أقوى منه في المؤخر بقرينة نفوذ المنجز الواقع من المريض على خلاف بخلاف الموخر كذا في المسالك وأشكل عليه بأنه خلاف اطلاق العقود من دون مخرج عنه - انتهى .

أقول : لايخفى ان المذكور في الاستدلال أشبه بالاستحسان ، فالمرجع الاطلاق ، بل والاستصحاب ، وربما استدل له أيضاً بالصحيح الذى رواه العباس ابن عامر قال : سألته عن رجل أوصي له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ؟ قال عليه السلام أطلب له وارثاً أومولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له ولياً ؟ قال اجتهد على ان تقدر له على ولى ، فان لم تجد وعلم الله منك الجد فتصدق بها .[١]

وقد رواه الصدوق مسنداً الى أبي عبدالله عليه السلام ومثله خبر محمد بن عمر والباهلى[٢] ، بل قد عقد الوسائل له ، ولمسألة اخرى باباً في الوسائل[٣] فراجع ولذا قال في مفتاح الكرامة : اطبق الاصحاب على الاقتصار على اعتبار الايجابين

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا .

لعدم الدليل على اعتباره وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلاتزول بالرد ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة الى الموصى له

والموت وعدم الرد في البين ، قال : وكان من خالف أوتوقف غفل عن الرواية المتقدمة ، اذليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها ، فالمسألة من القطعيات ـ انتهى .

فتحصل: ان الاصل واطلاق دليل الوصية واطلاق[اوفوا بالعقود] [(١)] والرواية والاجماع الذى عرفته كلها تدل على عدم اشتراط القبض ولذا قال المصنف:(لعدم الدليل على اعتباره) ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم

(وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلاتزول بالرد) لان كون الملك متزازلا بحاجة الى الدليل ، فاذا لم يكن دليل كان الاصل الاستقرار ،كما ذكروا في مشكوك الخيار .

(و) ان قلت : لما كانت الوصية جائزة كان اللازم بطلانها بالرد فتزول الملكية .

قلت : (لادليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة الى الموصى له) وان قام الدليل على جوازها بالنسبة الى الموصى وبالنسبة الى الموصى له حال حياة الموصى ، وقد تقدم الاشكال فيما قاله الجواهر من وجود الاجماع على

---

(١) المائدة : آية / ١ .

كما انها جائزة بالنسبة الى الموصى حيث انه يجوز له الرجوع في وصيته كما سيأتى وظاهر كلمات العلما حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده لانه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصى كما ان الامر كذلك فى سائر العقود حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله وان رجع وقبل بلاتأخير وكما فى اجازة الفضولى

جوازها بالنسبة الى الطرفين، ولذا أشكلنا عليه بالنسبة الى الموصى اليه ، ولذا الذى ذكرناه سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرنا بكلماتهم .

(كما انها جائزة بالنسبة الى الموصى حيث انه يجوز له الرجوع في وصيته كما سيأتي) لدلالة النص والاجماع عليه (وظاهر كلمات العلماء) بل صريحهم (حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده) اذا كان الرد بعد الموت، لاما اذا كان الرد في حال الحياة ، ثم قبل بعد الرد في حال الحياه ،كما تقدم الكلام حول ذلك .

(لانه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصى) واذا بطل الايجاب لم يكن مجال المقبول بعد البطلان .

(كما ان الامر كذلك) يبطل الرد الايجاب فلامجال المقبول بعد الرد (في سائر العقود حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله وان رجع) الراد (وقبل بلاتأخير) يضر بالموالاة .

(وكما في اجازة) المالك في العقد (الفضولى) حيث ان المالك لورد بطل

حيث انها لاتصح بعد الرد لكن لا يخلو عــن اشكال اذا كان الموصى باقياً على ايجابه بل فى سائر العقود أيضاً مشكـل

الايجاب ، أوالقبول الذى وقع فضولا عنه (حيث انها لاتصح بعد الرد) فاذا قيل للبنت : زوجناك فضولة فردت، لم تنفع اجازتها بعد ذلك ، وان اجازت فوراً وكذلك اذا كانت الفضولية في جانب الزوج .

(لكن لايخلو عن اشكال) فى باب الوصية (اذا كان الموصى باقياً على ايجابه) لاطلاق أدلـة الوصية ،[1] ولاطلاق أدلة العقود[2] ، ولا دليل عقلى أو شرعى يقيد الاطلاقات المذكورة .

(بل في سائر العقود أيضاً مشكل) فان القبول بعد الرد ـ اذا لم تفت الموالاة ـ لامانع منه عرفاً، ولادليل شرعي على منعه ، فانه يصدق [عقودكم] فاذا قال : بعتك ، فقال : لااشترى، ثم قال: بل اشتريت تحقق العقد، فقول المستمسك : ظاهر الاجماع على البطلان، بل هو الظاهر من المرتكزات العرفية، محل نظر، فان المرتكز خلافه والاجمـاع ان كان فهو محتمل الاستناد ، ولذا قال السيد البروجردي : الاقوى في العقود أيضاً صحة القبول بعد الرد اذا كان الموجب باقياً على ايجابـه منتظراً لان يبدو له فيقبله ، و ليست أمثـال هذه يدعى فيها الاجماع .

---

(١) البقرة : آية / ١٨٠ . النساء : آية / ١٢ .
(٢) المائدة : آية / ١ .

ان لم يكن اجماع خصوصاً في الفضولي حيث ان مقتضى بعض الاخبار صحتها ولو بعد الرد

نعم ، ان حصل له انصراف عن الايجاب برده أوفاتت الموالاة المعتبرة في العاقدة بطل بلااشكال .

ومنه يعلم ، وجه النظرفي قول السيد أبوالحسن لااشكال في سائر العقود وفي اجازة الفضولي ، وانما يختص الاشكال بما نحن فيه من جهة الاشكال في كون القبول جزءالعقد أوشرطاً خارجاً، بل قد مرسابقاً احتمال عدم كونه شرطاً أيضاً .

(ان لم يكن اجماع) وقد عرفت ان الاجماع على تقديرة محتمل الاستناد (خصوصاً في الفضولي) وانما كان له خصوصية (حيث ان مقتضى بعض الاخبار صحتها ولو بعد الرد) وهي الرواية المشهورة ، حيث باع امة الغير فلم يأذن المالك ثم اذن .

بل ومثلها مارواه الشيخ عن علي بن جعفر، عن أخيه، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام: انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدي تزوج بغير اذني؟ فقال علي عليه السلام لسيده : فرق بينهما، فقال السيد لعبده: ياعدو الله طلق ، فقال له علي عليه السلام : كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: أما الان فان شئت فطلق، وان شئت فامسك، فقال السيد: ياأمير المؤمنين(ع) أمر كان بيدى فجعلته بيد غيرى ؟ قال : ذلك لانك حين قلت له : طلق أقررت له بالنكاح [(١)].

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٢٦ الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً اذا كان القبول بعد الرد ممنوعة ثم انهم ذكروا انه لوكان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح وهو أيضاً مشكل

(ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً اذا كان القبول بعد الرد) كما ادعاها بعضهم (ممنوعة) لما نشاهد في العرف من انهم يرونه عقده اذا قبل ، فان المعيارعند العرف الرضا والمظهر، وقد حصلا ولم يعلم ان الشارع غيرمالدى العرف .

(ثم انهم ذكروا انه لوكان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح) قال في القواعد: فان رد في حياة الموصى جازان يقبل بعدالوفاة، اذلااعتباربذلك الرد ، وهذا هو المحكى عن الشيخ والفاضلين والشهيدين والوسيلة والتنقيح وجامع المقاصد والكفاية وغيرهم، بل عن الدروس انه المشهور .

أقول: استدلوا لكفاية القبول بعد الموت - اذا رد حال الحياة-بأنمحل الرد والقبول بعد الموت، لانه وقت الانتقال فلاأثر لهما حال الحياة، فاذا قبل بعد الموت نفذ ووقع القبول في محله .

وأماالرد الواقع حال الحياة فلاأثرله حتى يبطل الايجاب، وربما يستدل له بدليل آخر وهو ان بناء الايجاب بعد الرد، حيث ان الموصى لم يرفع عن وصيته، فهوبمنزلة ايجاب جديد، وحيث لم يكن اللازم كون القبول حال الحياة كفى القبول بعد الموت في الارتباط بذلك الايجاب .

(وهو أيضاً مشكل) عند المصنف وغالب المعلقين الذين سكتوا عليه

على ما ذكروه من كونه مبطلا للايجاب اذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت الا اذا قلنا ان الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة وان محلهما انما هو بعد الموت وهو محل منع .

أمثال السادة الوالد وابن العم والبروجردي وغيرهم ، وان قال السيد الجمال : لكنه الاقوى .

(على ماذكروه من كونه) اي الرد (مبطلا للايجاب) فاي فرق بين الامرين (اذلافرق حينئذ بين ماكان في حال الحياة أوبعد الموت) فان الرد ان كان مبطلا أبطل فيهما، وان لم يكن مبطلا لم يبطل فيهما (الااذا قلنا) بالاستدلال السابق لصحة القبول من (ان الرد والقبول لاأثر لهما حال الحياة وان محلهما انماهو بعدالموت وهو محل منع) لصحتها حال الحياة ، اذ لاوجه لجعل صحتها حال الموت فقط بعد شمول اطلاق العقد لهما حال الحياة أيضاً ، والاقرب هو ماذكره المشهور اذاكان الموصى باقياً على ايجابه للدليل الثاني الذي استدللنابه من ان بقائه بمنزلة ايجاب جديد ، كماهو كذلك في سائر العقود على ماتقدم .

قال في مفتاح الكرامة: وقدتحصل ان الرد، أماأن يكون قبل الوفاة أوبعدها وان لحظت القبض والقبول فيهما كانت الاقسام ثمانية، لانه اذاكان قبل الوفاة كانت الاقسام أربعة وكلها لاحكم فيها للرد كما في غاية المراد والروض، واذا كان بعد الوفاة كانت أربعة أيضاً تبطل في اثنين منها، وهمااللذان قبل القبول ،

. . . .

سواء حصل القبض أو لا وواحد قطعي وواحد مختلف فيه عندهم وعندنا انه قطعي ـ انتهى .

ثم اذا علم بصحة الوصية فشك بعد ذلك في بطلانها شبهة حكمية ، كان مقتضى القاعدة الاستصحاب كصورة العكس حيث شك في الصحة بعد العلم ببطلانها، ولو قلنا بأن بقاء الايجاب من الموصى كاف في لحوق القبول به ـ كما عرفت انه مقتضى الصناعة ـ فقبل بعد الرد حينما شك في انه هل كان باقياً على الايجاب ، أو رفع اليد عنه ، فالظاهر استصحاب بقائه لتمامية الاركان ، والله العالم .

مسألة ـ ٥ ـ لو أوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما دون الاخر صح فيما قبل وبطل فيما رد

(مسألة ـ ٥ ـ لو أوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما دون الاخر) فان كان على نحو الارتباط ووحدة العقد في قصده بطل لعدم التطابق بين الايجاب والقبول فهو، مثل ان تنكح نفسها عشرة أيام فيقبل لخمسة أيام، وانما يبطل عدم التطابق من جهة انه لايتحقق العقد، فهو كما اذا أوجب على الدار فقبل على البستان، أما اذا كان على نحو تعدد المطلوب كالعقود المتعددة المجربة بلفظ واحد (صح فيما قبل وبطل فيما رد) فهو كما اذا زوجه امرأتين فى عقد واحد فقبل أحديهما ورد الاخرى، حيث ينحل العقد الى عقود متعددة فما قبله يجعله [عقودكم](١) بخلاف ماردّه .

أما الذين أطلقوا الصحة كالمصنف تبعاً للفاضلين وغيرهم، بل يظهر من جامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرهم فتوى الاصحاب، فكأنهم نظروا الى ماذكره الشيخ المرتضى [ره] وغيره من انحلال العقد الى جملة من العقود كانحلال العقد المشروط الى ذلك، ولذا يصح تبعض الصفقة، كما يأتي فى آخر المسألة، وبعد ذلك لامجال لكلام المستمسك ان ماذكروه من اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول في العقد يدل على عدم انحلال الايجاب الى ايجابات متعددة والا لم يكن لاعتبار ذلك وجه فلا تصح المقايسة بين المقام ومسألة تبعض الصفقة، أوخيار تخلف الشرط، فان انحلال العقد بعد تماميته غير

---

(١) المائدة : آية / ١ .

....

انحلال الايجاب نفسه، الى أن قال: وعليـه لايمكن التخلص عن الاشكال الا بما عرفت من عدم كون الوصية من العقود، واعتبار القبول على تقدير القول به من قبيل اعتبار القبض في بيع الصرف والسلم، لانه جزء من العقد ، الى آخر كلامه، اذ يرد عليه بعدماتقدم من اعتبار القبول والاكان تصرفاً في الشخص من غير ارادته وهو منـاف لقاعدة تسلط الناس على أنفسهم [1]، ويؤيده ما ورد من استفهام الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عباساً وغيره عن قبول وصيته صلى الله عليه وآله وسلم ورفضهم اياه الا علي بن أبي طالب عليه السلام، انه لاربط بين اعتبارهم المطابقة بين الايجاب والقبول، وبين عدم الانحلال الى ايجابات متعددة، فالمطابقة محقق [عقود كم] كما عرفت، فاذاكان انحلال في القصدكان عقد متطابق وهو ماقبله القابل ، وايجاب آخر بدون قبـول فلا عقد بالنسبة اليه، فأي فرق بين ايجابين قبل أحدهما القابل دون الاخر ، وبين لفظ واحد قائم مقام الاثنين فيقبل أحدهما دون الاخر، حيث كما يصح ماقبـله في الاول يصح ماقبله فيصورة وحدة الايجاب،وكان الساكتين على المتن كالسادة الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم نظروا الى ذلك.

أما أمثال السيـد الجمال الذين أشكلوا فى الصحة ، فلعلهم أشكلوا فى اطلاق الماتن ،لافيماذكرناه من ارادتهم الصحة حيث تنحل الى المتعدد .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً ورد بعضه الاخر وان لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الايجاب والقبول

(وكذا لوأوصى له بشيء) واحد مثل ان أوصى له بصبرة حنطة (فقبل بعضه مشاعاً) كالنصف (أومفروزاً) كما لوأفرزه وقال: أني أقبل الوصية فيهذا النصف، وليس من مانحن فيه مالو كان نصفان مفروزان لصبرة واحدة ، فقال: أقبل أحدهما دون الاخر - لان مثل هذا الفرض داخل في الفرع السابق- و كان على المصنف أن يذكر قبوله بعضه على نحو الكلي في المعين، كما اذا قال: اقبل من الصبرة صاعاً مثلا، ولعله أراد بالمشاع الاعم من ذلك.

(ورد بعضه الاخر) فانه اذا كان الايجاب على نحو تعدد المطلوب صح فيما قبل وبطل فيما رد، وان كان على نحو وحدة المطلوب لم تصح الوصية، فانه نقول بالصحة في الوصية .

(وان لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه) كالاجارة وانما لم نقل بصحته في البيع ونحوه .

(بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الايجاب والقبول) كأنه أشار بذلك الى قول جامع المقاصد ان الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط اجزائها بعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها ، وهذا بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، وأيده في الجواهر بأنه يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقق اسم العقد الذي هو الايجاب و

لان مقتضى القاعدة الصحة فى البيع أيضاً ان لم يكن اجماع و دعوى عدم التطابق ممنوعة ، نعم لو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبعيض.

قبول ذلك بالايجاب بها ـ انتهى.

وفيهما ما لايخفى، اذ كل من الوصية والبيع عقد، فاللازم فيهما التطابق ، فالفرق بينهما ليس بفارق، فأن كلا منهما ان كان على نحو تعدد المطلوب كان القبول مطابقاً للايجاب، وان كان على نحو وحدة المطلوب كان القبول مخالفاً للايجاب فيبطل.

(لان مقتضى القاعدة الصحة في البيع أيضاً ان لم يكن اجماع) على البطلان فيه، وحيث لااجماع، بل لو كان فهو ظاهر الاستناد، فاللازم القول بالصحة.

وبذلك تعرف، وجه سكوت السيدين الوالد وابن العم على المتن، وان أشكل فيه السيدان البروجردي والجمال، قال أولهما: بل مقتضاها البطلان في مثل البيع والصحة فى الوصية، وقال ثانيهما: عدم التطابق بين الايجاب والقبول ظاهر، وكون القاعدة مقتضية للصحة بالنسبة الى بعض المبيع مثلا عند تبعض الصفقة أجنبي عن المقام بالكلية ـ انتهى .

فانه لم يعرف وجه الاجنبية مع انهما من باب واحد.

(و) بذلك ظهر ان (دعوى عدم التطابق ممنوعة) لوجود التطابق عند ارادة الموجب التعدد .

(نعم لو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع) بحيث صب انشائه على ذلك (لم يصح التبعيض) لان الايجاب لايطابق القبول

. . . .

حينئذ، وقول بعض المعلقين ان تمليك المجموع من حيث انه مجموع لا محصل له، غير ظاهر الوجه بعد قبول ان الوصية عقد يثمر التمليك كالبيع و غيره من سائر العقود .

مسألة ـ ٦ ـ لايجوز للورثة التصرف فى العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الامرين من القبول أو الرد

(مسألة ـ ٦ ـ لايجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الامرين من القبول أو الرد) فاذا قبل خرجت العين من ملكهم الى ملكه، واذا رد كان لهم التصرف .

أقول: الوصية العقدية لايتحقق الملك بها الا بعد القبول كسائر المعاملات وعليه فقبل القبول لاملك للموصى له ، بل مقتضى الاصل بقائه على ملك الموصي وينتقل الى ملك الورثة انتقالا مراعى ، و عليه يحق للورثة التصرف غير المغير، مثل سكنى الدار وركوب الدابة قبل القبول والرد ، اذ لاوجه لمنعهم عن ذلك سواء كانت الوصية مطلقة حتى يكون ثمرها الملك بمجرد القبول أو مقيدة، كما اذا قال: ان داري لزيد بعد عام من وفاتي بحيث لايثمر القبول الانتقال فوراً الا حين قرار الموصى ، أما التصرف المغير فهو جائز لهم في الواقع اذا لم يلحقها القبول، اذ لاوجه للمنع بعد ان القبول لم يلحق الايجاب ، فان الواقع لايتغير بالزعم ،كما اذا نذر ان يتصدق بشاته ان شافى الله ولده فذبح الشاة وأكلها أو باعها ومات الولد، فان موت الولد يكشف عن عدم تقيد الشاة بشيء بل بقيت على الملكية الطلقة .

وأما اذا لحقها القبول، فالظاهر حرمة التصرف ، لان الملك حيث تعلق به حق الغير لم يحق لهم التصرف ، فهو كمنذور الصدقة، ولامجال لاستصحاب جواز التصرف ، لعدم تمامية أركانه .

وان شئت قلت: ان الموصى به وان لم ينتقل الى ملك الموصى له قبل قبوله

وليس لهم اجباره على اختيار احدهما معجلا الا اذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم

الان الموصى بوصيته قيد الملك، ومع تقيده ممن له حق التقييد لايحق لغيره التصرف المغيرفيه .

و مما تقدم يعلم ، ان للورثة حق التصرف غير المغير فيما بين زمان الموت وزمان الانتقال ، وان قبل الموصى له اذا كان المالك أوصى بأنه للموصى له بعد عام من وفاته مثلا ، لان الملك انتقل اليهم موقتاً انتقالا مقيداً.

أما تصرفهم المغيرقبل القبول ـ مطلقاً ـ فان ظهر قبوله كان حراماً وكان فضولياً، وان ظهرعدم قبوله كان تجرياً وكان لازماً .

وبذلك ظهر، ان تمثيل المستمسك للمقامبتصرف الاصيل فيما انتقل عنه قبل حصول الاجازة اذاكان الطرف فضولياً غيرظاهر الوجه، اذقبل الاجازةلم يتحقق عقد، فله انيتصرف، واذا تصرف الأصيل كان مبطلا ،كما اذا تصرف بعد الايجاب قبل القبول .

(و) اذا مات الموصى فهل يجب اجبار الموصى اليه بين القبول والرد أو لا؟ احتمالان ، فالمصنف على انه (ليس لهم اجباره على اختيار احدهما معجلا) اذ الاصل عدم الاجبار كما في الجواهر وغيره ، فان الناس مسلطون على أنفسهم .

(الا اذا كان تأخيره) الرد أو القبول (موجباً للضرر عليهم) بأن كان حفظ المال بدون حق التصرف موجباً للضرر أوالعسر والحرج .

فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار احدهما.

(فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما) كما قواه الجواهر .

قال في المستمسك: لا لقاعدة نفي الضرر لانها نافية فلا تصلح للاثبات، بل لعموم حرمة الاضرار بالغير(١).

أقول : حيث منع الشارع عن الاضرار كان على الحاكم المنع عنه، فدليل لاضرر كاف في الاثبات، ولذا استدل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لجواز قلع شجرة سمرة بدليل لاضرر .

أما قول بعض المعلقين لاوجه للاجبار ، ولو قلنا باعتبار القبول في صحة الوصية، اذ لاضرر على الورثة في التأخير غاية الامر انه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد، فلا يخفى ما فيه، اذ حفظ المال بدون تمكن التصرف كثيراً مايكون ضرراً، والمصنف لم يقل انه ضرر دائماً، بل قال: الا اذا كان تأخيره، ولذا سكت على المتن أغلب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم .

ثم الظاهر انه لو تعذر اجبار الحاكم تولاه الوارث بنفسه ، كما ألمع اليه الجواهر وان تأمل فيه ، لكن لاوجه للتأمل بعد ان كان فيه رفع الضرر .

---

(١) الفقيه : ج ٣ ص ٥٩ ح ٢٠٨ .

مسألة — ٧ — اذامات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه فى ذلك فله القبول اذا لم يرجع الموصى عن وصيته من غير فرق بين كون موته فى حياة الموصى أوبعد موته وبين علم الموصى بموته وعدمه وقيل بالبطلان بموته قبل القبول

(مسألة -٧- اذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك) القبول أو الرد اما اذا قبل ومات انتقل الى وارثه، واذا رد ومات لم يكن لوارثه اجماعاً فيهما ، واذا جن بما لم يصح قبوله ورده فالظاهر قيام وليه مقامه، لان ماله ينتقل اليه بمقتضى اطلاق ولايته .

وكيف كان، فقد نسب ذلك الى المشهور جماعة منهم التذكرة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والشيخ المرتضى [ره] كما حكي عنهم، وعن كشف الرموز ان عليه العمل .

(فله القبول) أو الرد اذا كان بعد موت الموصى ، واذا كان فى زمان حياة الموصى فله القبول (اذا لم يرجع الموصى عن وصيته) فانه اذا رجع لم يكن حتى لنفس الموصى له القبول فكيف بوارثه .

(من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته وبين علم الموصى بموته وعدمه) وذلك لاطلاق الدليل الخاص الوارد في هذه المسألة كما سيأتي .

(وقيل بالبطلان) للوصية (بموته قبل القبول) وعن الحدائق انه نقله عن جماعة من الاصحاب منهم ابن الجنيد والعلامة في المختلف .

وقيل بالتفصيل بين ما اذا علم انه غرض الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته ،والقول الاول وان كان على خلاف القاعدة

(وقيل بالتفصيل بين ماذا علم انه غرض الموصى له فتبطل وبين غيره)بأن لم يعلم ماذا غرضه، أو علم بأن غرضه أعم .

(فلورثته) عن الدروس ان التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص وعن المسالك حكاية قول آخر بالتفصيل بين موته في حياة الموصى فتبطل ، وموته بعد حياته فتصح .

(والقول الاول وان كان على خلاف القاعدة) لكنه مقتضى الادلة الخاصة فاللازم الذهاب اليه، خصوصاً بعدذهاب المتقدمين كافة ـ الا أبي علي ـ اليه حتى قال في مفتاح الكرامة: ان أول من فرق الاجماع المحقق ان تم مانسبوا اليه من المخالفة .

فقد روى الساباطي [أو الباهلي] على ماعن الكافي والفقيه قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن رجل أوصى الي وأمرني أن أعطي عماله في كل سنة شيئاً فمات العم؟ فكتب عليه السلام : اعط ورثته.[1]

والصحيح عن المثنى الذي رواه الكافي والصدوق والعياشي ـ وبعضهم رواه عن العباس بن عامر ـ عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال عليه السلام: اطلب له وارثاً أومولى فادفعها اليه، قلت: فان لم أعلم له ولياً؟ قال: اجهد أن تقدر له

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٠ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٣ . .

....

على ولي ، فان لم تجد وعلم الله تعالى منك الجد فتصدق بها.[١]

وصحيح محمد بن قيس الذى رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه‌السلام في رجل أوصى لاخر والموصى‌له غائب فتوفى الموصى له الذى أوصى‌له قبل الموصى ؟ قال عليه السلام: الوصية لوارث الذي أوصى له ، قال : ومن أوصى لاحد شاهداً كان أوغائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذي أوصى له الاان يرجع في وصيته قبل موته.[٢]

وقال الصدوق في المقنع الذي هو متون الاخبار : ومن أوصى الى آخر شاهداً كان أمغائباً فتوفى الموصى‌له قبل الذىأوصى، فانالوصية لوارثالذي أوصى له ، ان لم يرجع في وصيته قبل أن يموت.[٣]

وفي المستدرك ، عن العياشي ، عن مثنى بن سلام ، عن أبيعبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا ، قال عليه السلام : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، فان الله سبحانه وتعالى يقول : « فمن بدله بعد ماسمعه فانما أثمه على الذين يبدلونه »[٤] قلت :

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الكافي : ج ٢ ص ٢٣٧ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٨ .
(٤) البقرة : آية ١٨١ .

مطلقاً بناءاً على اعتبار القبول في صحتها لان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له

ان الرجل كان من أهل فارس دخل في الاسلام لم يسم ولا يعرف له ولي ، قال عليه السلام : أجهد أن تقدر له على ولي ، فان لم تجده وعلم الله منك الجهد تتصدق بها .(١)

أقول: وبهذا ظهر الفرق بين مارواه الوسائل وكتب الفتوى عن العياشي وبين ماروا‌ه المستدرك، فان هذا القول المستند الى الروايات وان كان خلافاً للقاعدة :

(مطلقاً) سواء مات الموصى له في حياة الموصى أو بعده (بناءاً على اعتبار القبول في صحتها)كما تقدم الظاهر في ان الموصى اليه لم يرد ، فاذا رد لم يقع العقد المملك له حتى ينتقل الى وارثه، ولا يخفى انه يجب أن تحمل الروايات على ما اذا قبل الوارث، أما اذا لم يقبل، فمقتضى القاعدة عدم صحة الوصية، فالمال ينتقل الى ورثة الموصى .

(لان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له)لان الموصى ملك الموصى له، فهو لولا الدليل كالنكاح الذي تملك الزوجة نفسها للزوج فلا يصح قبول وارثه حتى يكون زوجاً لها،وليس الايجاب في المقام، مثل الايجاب في البيع،حيث ان الغالب كون الموجب لا يقصد بالخطاب خصوص المشتري فانه لا يهم له ان كان هو المشتري أو غيره، فان البيع تبادل مالين ، أما الوصية

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٨ من أبواب الوصايا . .والعياشي : ج ١ ص ٧٧ ح ١٧١ .

وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع كما ان دعوى انتقال حق القبول الى الوارث أيضاً

فهي تمليك الطرف والنكاح ركناه الزوجان .

(وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع)اذلم يقصده الموجب والعقود تتبع القصود .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك في رده ولعدم مطابقة القبول للايجاب انه مبني على كون الوارث يتلقى الملك من الموصى .

امـا اذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضـاً يتضمن تمليك الموصى له،فهو قبول لنفس ذلك الايجاب، غير تام ، اذ تلقي الوارث الملك لايكون الا بعد ملك الموصى له المبتني على قبوله، فحيث لاقبول لاملك فلا تلقي .

ثم ان قوله: [وكون] كأنه رد لمن أراد ان يطبق الحكم على القاعدة، وفيه ما ذكر :

(كما ان دعوى) تطبيق الحكم على القاعدة لـ(انتقـال حق القبول الى الوارث أيضاً) وذلك ببيان مقدمتين :

الاولى : ان القبول حق للموصى له، لانه ان شاء قبل ، وان شاء رد.

الثانية : ان ماتركه الميت فلوارثه فحيث ترك الموصى له هذا الحق ، فقد انتقل الى وارثه فله ان يقبل وينتقل المال اليه، كماان الاخذ بالشرط والخيار و ماأشبه مما تركه الميت .

محل منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقاً ومنع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذى لايصدق كونه من تركته وعلى ما قويناه من

(محل منع صغرى وكبرى) أما الصغرى، فـ (لمنع كونه حقاً) ويدل على ذلك ما ذكروا من خواص الحق، مثل كونه قابلا للاسقاط، فهل للموصى له ان يقول: انى أسقطت هذا الحق؟ فاذا لم يكن له الاسقاط لم يكن له نقله ولا ينتقل الى وارثه .

أقول: قد فصل جماعة بين الحق والحكم بتفصيلات، والظاهر الخدشة في أكثر ما ذكروا، وقد ذكرنا نحن في أوائل كتاب: [احياء الموات] ما ينبغي ان يقال في باب الحق والحكم فراجع .

(و) أما الكبرى فلـ (منع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به) اذ لادليل لنا ان كل حق قابل للارث حتى يؤخذ بهذه الكلية في المقام ، ولذا قال في المسالك: مع انا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً، وانما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته ويرشد اليه ان الاغراض في الوصية تختلف باختلاف الاشخاص، الى آخر كلامه .

والحاصل: انهذا الحق (الذي) للمورث (لايصدق كونه من تركته) حتى يشمله دليل ما تركه الميت فلوارثه .

(و) كيف كان، فقول المشهور على خلاف القاعدة ، و انما يصار اليه للنصوص المتقدمة التي لايرد عليها الايرادات الاتية ، فالحكم (على ما قويناه من) ان الوصية العقدية ملك على خلاف القاعدة مطلقاً، وان كان على ما قواه

عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة فى خصوص صورة موته قبل موت الموصى له لعدم ملكيته فى حياة الموصى لكن الاقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور وذلك لصحيحة محمد بن قيس

المصنف (عدم اعتبار القبول فيها ، بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له) ثم لم يقبل الموصى له ولم يرد ومات وقبل ورثته الوصية ، وانما كان الحكم على خلاف القاعدة .

(لعدم ملكيته في حياة الموصى) فلا وجه لانتقال الموصى به الى ورثته ، حيث لم يملكه في حياته، لكن هذا الاشكال غير وارد ان سلم انه حق ، و ان ما تركه من حق فلوارثه، اذ لايلزم الملكية الفعلية للميت في حال حياته .

ومنه يعلم، وجه النظر في قول المستمسك وانتقال الموصى به الى الموصى له بعد وفاة الموصى، وان كان ممكناً كانتقال الدية الا ان الادلة العامة لاتفى بذلك وتقصر عن اثباته، اذ الدليل هو ما ذكرناه من الجمع بين كونه حقاً و كبراه .

(لكن الاقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور) بل عرفت دعوى الاجماع عليه الى ما قبل المحقق .

(وذلك لصحيحة محمد بن قيس) المتقدمة و الاشكال فيه بابراهيم بن هاشم الواقع في سند الحديث فيخرجه عن الصحة ـ مع انه غير ضار بعد تسليم كونه حسناً ـ غير تام، اذ قد تكرر في هذا الشرح انه من الأجلة الذين لاينبغي النقاش

الصريحة فى ذلك حتى فى صورة موته فى حياة الموصى المؤيدة بخبر الساباطى المتقدم وصحيح المثنى

فيهم فراجع كتب الرجال .

كما ان الاشكال في الصحيحة بأن محمدبن قيس الواقع في طريقها مشترك بين الثقة والضعيف، فكيف تجعل روايته مستند الحكم، كما أشكل عليها بذلك المختلف والمسالك ففيه بالاضافة الى انه لو تم ما ذكراه كانت الشهرة القطعية بل الاجماع المدعى جابرة لها، ان الظاهر كما قاله غير واحد ان محمد بن قيس الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلى الثقة، كما عن الشيخ في الفهرست (١) وهو الذى يروى كتاب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام كما عن النجاشي و قد برهن على ذلك في فنه ـ كما في مفتاح الكرامة، بالاضافة الى ان رواية الكافي والصدوق كافية فى صحة الاستناد بعد ان التزما بأنهما لم يرويا الاماهو حجة بينهم وبين الله ـ كما ألمعنا اليه مكرراً ـ

(الصريحة في ذلك) الحكم المذكور (حتى في صورة موته في حياة الموصى) وبقرينة ذكر الغيبة تكون كالصريحة في كون الموت قبل القبول (المؤيدة بخبر الساباطي المتقدم) وقد تقدم روايته في الكافي والفقيه، و كفى بهما حجة، فكون بعض رجال السند ضعيفاً غير ضائر بالحجية ، كما لا يضر ما ذكره المستمسك من انه غير ظاهر في التمليكية ، بل ظاهر في الوصية بالتمليك في كل سنة و هو غير مانحن فيه .

اذ أولا : ان الخبر مطلق يشمل عليهما .

---

(١) رجال النجاشي ج ٢ ص ٣٢٣ .

ولا يعارضها صحيحتامحمد بن مسلم

ثانياً : يكفي في التمليكية مناط التمليك .

(وصحيح المثنى) على ما رواه الصدوق، أو صحيح العباس بن عامر على ما رواه الكافي(١).

وبذلك يظهر، عدم ضرر رواية العياشي ، كما تقدم عن المستدرك فالسند صحيح، والدلالة واضحه ، حيث ان عدم القبض أعم من عدم القبول ، فقول المستمسك : ان الاقتصار في الخبر على ذكر عدم القبض يدل على وقوع القبول فلا يكون مما نحن فيه ، لا أقل من عدم ظهوره في عدم القبول، غير ظاهر الوجه ، لان الاطلاق وعدم التفصيل في الجواب كاف في دلالته على ما نحن فيه .

(ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم) وأبي بصير رواهما الشيخ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: ليس بشيء(٢).

(ومنصور بن حازم) الذي رواه الشيخ أيضاً ـ وحيث ان في سنده علي ابن الحسن بن فضال ، فهو من قسم الموثق ـ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية ان حدث فيه حدثاً فمات الموصى له

---

(١) تقدم في ص ٤٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٤ .

ومنصور بن حازم بعداعراض المشهور عنهما وامكان حملهماعلى محامل منها التقية لان المعروف بينهم عدم الصحة

قبل الموصى، قال عليه السلام : ليس بشيء.[١]

(بعد اعراض المشهور عنهما) كما تقدم .

(و امكان حملهما على محامل منهاالتقية لان المعروف بينهم عدم الصحة)

ومنه يعلم الجواب عن رواية الدعائم، عن أبي جعفروأبي عبد اللهعليهما السلام ، انهما قالا : في رجل أوصى لرجل غائب بوصية فمات على وصيته فنظر بعد ذلك فوجد الموصى له قدمات قبل الموصى ؟ قالا : بطلت الوصية وان كان غائباً فأوصى له ثم مات بعده نظر، فان كان قبل الوصية فهو لورثته،و ان لم يقبلها فهي لورثة الموصى.[٢]

وكيف كان ، فقد قال في محكى التذكرة : ان بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصى مذهب أكثر العامة، وبه قال الزهري وحماد بن أبي سلمة وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأى، والوسائل تبع التذكرة في حملها على التقية ، فهذا أحد المحامل ومحملان ذكرهما الشيخ في محكى الاستبصار قال: الوجه في هذين الخبرين أحد شيئين:

أحدهما أن يكون ليس بشيءينقض الوصية بل ينبغى أن تكون على حالها في الثبوت لورثته.

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٥ .
(٢) المستدرك : ج ٧ ص ٥٢٣ الباب ٢٨ من أبواب كتاب الوصايا ح ١ .

نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عما اذا علم كون غرض الموصي خصـــوص شخص الموصى له على وجه التقييد، بل ربما يقال: ان محل الخلاف غير هذه الصورة

الثاني: أن يكون المراد بذلك بطلان الوصية اذا كان غيرها الموصى في حال حياته على مافصل في خبر محمد بن قيس.

أقول: ويؤيد الحمل الاول ماذكره في مفتاح الكرامة بانه مناسب لتذكير المستتر في ليس، ولوكان المراد ان الوصية ليست بشيء لقال ليست ، وعلى تقدير تساوي الاحتمالين يكفي الاجمال .

(نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عما اذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد) مثلا: كان عدواً لورثته حيث لايرضى أن يحصلوا منــه ولوعلى درهم ، ولذا ادعى في الرياض ان القدر المتيقن من النصوص غير هذه الصورة، واذا كانت هذه الصورة منصرفة عن النص فالمرجع فيها القواعد الاولية.

ثم ان اللازم كون المراد بالتقييد الاعم منه ومن المصب اذ حال المصب كذلك ـ كما بيناه في بعض الكتب السابقة ـ .

أما اذا كان على وجه الشرط كان لورثة الموصى الاخذ بالشرط ـ حسب القاعدة ـ .

(بل ربمايقال: ان محل الخلاف غير هذه الصورة) وفيه: ان كلامهم مطلق تبعاً للروايات، وهل يلزم ان يكون كل حكم على طبق القاعدة حتى يتشبث بهذه الوجوه ؟ .

لكن الانصراف ممنوع ، وعلى فرضه يختص الاشكال بما اذا كان موته قبل موت الموصى والا فبناءاً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكاً بعد فرض عدم رده فينتقل الى ورثته بقى هنا أمور :

(لكن الانصراف ممنوع) وان قال الوالد : انـه في محله ، و ذلك لان الانصراف انما يكون اذا رأى العرف انصباب اللفظ على غيره، والمقام ليس كذلك.

نعم، لوقيد الموصى الوصيـة بما لايشمل الورثة على كل حال لم‌تشمل الصحيحة تلك الصورة، مثلا: قال هذا لك بعدحياتي ان كنت حياً، وكذا اذا قال: ان فعلت كذا بعد موتي فهو لك ، الى غيـر ذلك ، وهذا ليس من باب الانصراف، بل لاتشمله الصحيحة كما عرفت.

(وعلى فرضه يختص الاشكال بما اذا كان موتـه) موت الموصى اليه (قبل موت الموصى والا) بأن مات بعد موت الموصى .

(فبناءاً على عدم اعتبار القبـول) في الوصية ، وانما يملك بمجرد موت الموصى (بموت الموصى صار) الموصى اليه (مالكاً) لحصول سبـب الملك (بعد فرض عدم رده) لان الرد يمنع عن نفوذ الوصية كما تقدم ، واذ لم يرد فقد ملك (فينتقل الى ورثته) .

أما بناءاً على احتياج الوصية التمليكية الى القبول مطلقاً لافرق بين موت الموصى اليه قبل الموصى أوبعده بدون أن قبل .

(بقي هنا امور:)

أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث ؟ كما اذا مات الموصى له قبل القبـول ومات وارثه أيضاً قبل القبـول فهل الوصية لوارث الوارث أو لا ؟ وجوه الشمول وعدمه لكون الحكـم على خلاف القاعدة

(أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟) ولو بعد اعقاب (كما اذا مات الموصى له قبل القبول) والرد (ومات وارثه أيضاً قبل القبـول) والرد، وانما ذكرنا الرد، لان الظاهر من كون رد الموصى له مسقطاً للوصية ان رد وارثـه أيضاً كذلك بقرينة ان قبوله مثل قبول الموصى له ، فان العرف يفهم من ذلك المناط.

(فهل الوصية لوارث الوارث أو لا؟ وجوه) ثلاثة:

الاول: (الشمول) وهذا هو الظاهر من النص، فان العرف يرى انه ارث جاءه من قبل الموصى اليه، فاللازم تقسيمه بينهم تقسيـم الارث، واذا كان لا يرث الوارث كالمرئة من الارض لم يرث منه ، واذا كان لايرث ، لانه كافر أو قاتل أوما أشبه لايرث منـه ، الى غير ذلك من أحكام الارث ـ وسيأتي الكلام في الحبوة ـ .

وعليه ، فلا فرق بين وارث الموصى اليه وبين وارث وارثـه ، وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم .

(و) الثـاني : (عدمه لكون الحكم على خلاف القـاعدة) على ما تقدم و المتيقن من النص صورة الوارث لاوارث الوارث، فالمال يرجع ارثاً الى ورثة

والابتناء على كون ...

الاخبار فلا .

الثانى : اذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل

الموصى، وفيه ماتقدم، وقوله: [عقباً] واضافة المولى في الحديث مما يؤيدانه ارث مطلقا .

(و) الثالث : (الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل) لاطلاق ما تركه الميت من حق ، فانه كما ينتقل الى الوارث ينتقل الى وارث الوارث .

(وكونه الاخبار فلا) لعدم اطلاق الاخبار ، ولعدم فهم المناط. وقدعرفت ان المدرك الاخبار، ومع ذلك نقول بالانتقال لما تقدم من الفهم العرفي منها، ثم انا انما نقول بقبول الوارث أو وارثه لما تقدم من انها عقد، والعقد بحاجة الى القبول .

(الثاني: اذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل) الوصية مطلقاًوذلك لان القبول لم يطابق الايجاب، فلا يصدق عقدكم الذي هو المناطوقد تقدمفي مسألة قبول الموصى له بعضالوصية دونبعض، وأشكل في ذلك بعضالفقهاء وقلنا انه انكانت الوصية بنحو المصب أو القيد يكون مقتضىالقاعدة البطلان وان كانت بنحو تعدد المطلوب [كنكاحين فى صيغة واحدة] تكون صحيحة بالنسبة الى الجزء المقبول ، وان كانت بنحو الشرط ، فان أسقط ولي الميت الشرط صحت بالنسبة الى الجزء المقبول ، لان خيار الشرط يكون للوارث،

أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته او تصح بمقدار حصة القابل فقط

وان لم يسقط حق الشرط وأخذ به بطلت الوصية لخيار الشرط المعطي له حق الفسخ وقد فسخ .

(أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته) لما عللة في المستمسك بالاجتزاء في الصحة بمجرد القبول في الجملة ـ انتهى.

وكأنه لان الوصية شيء واحد، فاذا قبلت في الجملة صحت ، لكن ذلك خلاف ماذكروا في باب الخيار اذا رده بعض وأخذه بعض ـ فيما ورثوه ـ حيث يوجب الرد في الجملة البطلان كلية فهو مثل ماذا كان الخيار للمتبايعين فيرده احدهما ويقبله الاخر، حيث يقدم الرد على القبول .

وكيف كان فاذا قلنا بالقبول فى باب الوصية صار الموصى به ملكاً لمورثهم واذا ملكه صار لهم حسب الارث، سواء منهم الراد ، أوالقابل وان كان قبله أحدهم ورده بقيتهم وكانوا عشرة أوا كثر مثلا.

(او تصح بمقدار حصة القابل فقط) لان الوصية تنحل الى وصايا في الحقيقة لتعدد المطلوب حقيقة عند العرف في غالب الوصايا ، فهى كتبعض الصفقة، حيث يصح البيع ونحوه في المقبول دون المردود.

ومنه يعلم ، احتمال آخر وهو الفرق بين ما كان مراد الموصى على نحو تعدد المطلوب فتصح في المقبول دون المردود، كما اذا وصى بعشرة دنانير لزيد باعتبار انه فقير بحيث كان قصده تمليكه ديناراً ديناراً، فاذا قبل أحدأولاده

أو تصح وتمامه للقابل أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة الى مقدار حصة القابل وجوه .

العشرة الوصية كان له دينار ، كما اذا قبل نفس الموصى له الدينار فقط دون سواه ، وبين ماكان مراده على نحو وحدة المطلوب قيداً أومصباً ، حيث تبطل كل الوصية، لان قبول البعض يوجب عدم المطابقة بين الايجاب والقبول .

(أوتصح وتمامه للقابل) قال في المستمسك: للاجتزاء بالصحة بمجرد القبول وكون الارث تابعاً له فلا يرث الاالقابل .

أقول: أما الاول : فلان الوصية انشاء واحد ، فأما أن يقبل في الكل ، أو لا يقبل وحيث لحقها القبول كان الكل صحيحاً .

وأما الثاني : فلانه لما لم يرث الراد ، حيث انه لامعنى لدخول شيء في ملك انسان بدون ارادته لانه خلاف سلطنته كان اللازم ارث القابل لجميعه .

(أوالتفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل) لانه لم يملك ، وقد مات فكيف يرثه وارثه ، واحتمال انه يملك بعد الموت خلاف ماقالوه من ان الميت لايملك ، لانه جماد ، وأدلة الملك منصرفة عنه .

(أوبعده فتصح بالنسبة الى مقدار حصة القابل)لان الموت مع القبول مملك حسب الادلة العامة ، وتبطل بالنسبة الى غير القابل ، لعدم القبول ، ولا يدخل شيء في ملك الانسان بدون قبوله ، أو احتمالات اخر ، حيث ان احتمالات المصنف ليست حاصرة كما لايخفى .

(وجوه) أقربها ثالثها ، كما اختاره غالب المعلقين كالسادة أبو الحسن

الثالث : هل ينتقل الموصى به بقبول الـوارث الى الميت ثم اليه أو ابتداءاً اليه من الموصى ، وجهان : أوجههما الثانى

الاصفهاني والوالد وابن العم والبروجردي والشيخ ضياء الدين العراقى وغيرهم وذلك لما تقدم من وجهه .

نعم ، اللازم تقييده بما لم تكن الوصية على نحو وحدة المطلوب مصباً أو قيـداً والا بطلت ، لعدم تطابق القبـول مع الايجـاب ، كما انه كان كذلك اذا قبل الموصى اليه بعض الوصية في الوحدة مصباً أوقيداً .

أما اذا كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب حسب الشرط ـ لا القيد والمصب ـ كان لوارث الموصى خيار الفسخ بخيار تخلف الشرط وعدم كون هذا الخيار للمورث من جهة ان العقد بالنسبة اليه جائز فلا مجال لخيار تخلف الشرط أو سائر الخيارات له .

ومما تقدم يظهر وجه الاشكال في سائر الوجوه المحتملة التي ذكرها المصنف والتي أشرنا اليها .

(الثالث : هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث الى الميت ثم اليه) كما استظهرناه فيما سلف لانه يتلقى الملك منه عرفاً والشارع قرره ، وهذا هو الذي اختاره جماعة كالسيدين الوالد وابن العم وغيرهما .

(أو ابتداءاً اليه من الموصى ، وجهان : أوجهـهما) الاول كما عرفت وأضعفهما (الثاني) وان اختاره المصنف وبعض الساكتين عليه وهو الذي اختاره الشرائع والقواعد حيث قال : ولومات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه

....

في قبول الوصية ولايدخل في ملك الميت ـ انتهى .

وعلله في المستمسك بعدم قبول الميت للملك لانه بمنزلة المعدوم والملكية تستدعى نحواً خاصاً من التابعية والمتبوعية والمعدوم لايقبل المتبوعية الخاصة الى أن قال : ولابد حينئذ من البناء في المقام على انتقال المال من الموصى الى ورثة الموصى له .

ثم أشكل على نفسه بأنه اذاكان الانتقال من الموصى اليهم ، فلماذا لايقسم المال بالسوية وأجاب بأنه ان تم ما ذكره المشهور من انتقال حق القبول الى الورثة في المقام كان انقسام الحق انقسام ميراث وتبعه ينقسم المال انقسام ميراث وان لم يتم ماذكره المشهور تعين أن يكون ملك الورثة في المقام بحكم الميراث من هذه الجهة ، لانه ميراث حقيقي ، الى آخر كلامه .

أقول : الميت قابل للملك عرفاً ، فهو اضافة اعتبارية قررها العقلاء ، ومنع منها الشارع في مقامات لا في كل المقامات ، كما انهم قرروا ملك الجماد والحيوان والنبات ، فان حالهم حال الطفل والمجنون كلاهما لاينصرف ويتصرف في نفعه وليه .

وقد صحح الشارع الوقف والوصية والنذر على المذكورات ويصرفها الولي في شئونها كما في الوقف على المسجد ونحوه ولاداعي الى تأويل ذلك بوجوه بعيدة ، لكنه لم يصحح الملك للجماد والحيوان والنبات لوجه هو أعلم به مع ان الوقف واخويه كالملك فى نظر العرف حتى انه لو لم يكن اجماع قطعى على عدم ملك المذكورات لقلنا به استناداً الى الاعتبار العقلائي الذي لم يردعه

وربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلا فعلى الثانى الثانى وعلى الاول الاول

الشارع أما حيث الردع المكشوف بالاجماع فلانقول به ، وحيث ان الشارع فى الباب وباب الدية قرر الملك حسب المتفاهم عرفاً من أدلة المقامين :

نقول : بأن الميت يملك وينتقل منه الى وارثه فيكون للمال، سواء هنا أو فى الدية كل أحكام الارث ، كماسبق ان ألمعنا اليه ، ومثله الثلث فانه يبقى على ملك الميت يصرف فى ما امر به، وكذلك الحكم اذانصب شبكة فمات فاصطادت الى غير ذلك ، حيث انها تكون للميت ينتقل منها الى ورثته فجعل ما ذكر كالميراث حكماً لاحقيقة، مع انظاهر الشرع وبناء العقلاء انهميراث حقيقة،غير ظاهر الوجه .

وبما تقدم يظهر ، انه لافرق بين ان يموت الموصى له بعد الموصى ، او قبله فقول بعض المعلقين بالتفصيل بين الامرين بأنه اذا مات الموصى له بعد الموصى ، فالمال ينتقل الى الوارث من الموصى له دون ما اذا مات قبله ، فانه ينتقل اليهم من الموصى غير مدعوم بالدليل .

(و ربما يبني) كون المال ينتقل الى الورثة من الميت أو من الموصى (على كون القبول كاشفاً) عن الانتقال سابقاً (أو ناقلا) من حين القبول (فعلى الثاني) النقل (الثاني) أي الانتقال الى الوارث من الموصى (وعلى الاول) الكشف (الاول) أي الانتقال الى الوارث من الميت ، و هذا [أي ربما يبني] يظهر من جامع المقاصد و مفتاح الكرامة في شرحهما لكلام القواعد المتقدم فراجعهما.

وفيه انه على الثانى أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله الى الميت آناماً ثم الى وارثه بل على الاول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال اليه من حين موت الموصى لانه كأنه هو القابل

ووجه هذا التفصيل انه مع النقل، لاوجه لجعل الميت واسطة ، أما على الكشف فالملك ينتقل الى الميت حتى تصل النوبة الى وارثه ، اذ لا يمكن ملك الورثة للمال من اول موت الموصى بعد ان الورثة لاارث لهم في ذلك الحين .

(وفيه أنه على الثاني) النقل (أيضاً) كالكشف (يمكن أن يقال بانتقاله الى الميت آناماً ثم الى وارثه) وانما نقول: اناماً لانه مقتضى الجمع بين الدليلين دليل انه ارث ، ودليل النقل .

اذ الاول: يقتضى كونه ملك الميت حتى ينتقل اليهم .

و الثاني : يقتضي النقل اليهم بمجرد قبولهم ، فاللازم القول بأنه ينتقل الى الميت اناماً حتى يكون ارثاً منه ، ولا أكثر من آن ما حتى يكون النقل

ومنه يظهر، ان اشكال المستمسك عليهبعدم الفرقبينالان الواحدوالانات المتعددة، غيروارد .

(بل على الاول) الكشف (يمكن أن يقال:) بمالايرتبط بالميت، كما فى النقل (بكشف قبوله) أي الوارث (عن الانتقال اليه من حين موت الموصى) بدون وساطة الميت (لانه كأنه) أى الوارث (هو القابل) بمجرد موت الموصى (فيكون منتقلا اليه من الاول) بدون أن ينتقل الى المورث ، وذلك

فيكون منتقلا اليه من الاول.

الرابع : هل المدار على الوارث حين موت الموصى له اذا كان قبل موت الموصى أو الوارث حين موت الموصى؟

لسهولة الامور الاعتبارية ، وانما الكلام في ظاهر الدليل .

وبما ذكرناه يندفع اشكال الجواهر على المناهل ، حيث حكي عنه الجزم بالاحتمال المذكور، ثم استشكل فيه بأنه كيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصى، والموصى له موجود فلا بد من البناء على النقل ـ انتهى .

و لذلك قال المستمسك : بأن اشكاله مندفع ، اذ لامانع من انتقال الموصى به الى وارثه و هو موجود لعدم الاثر لمثل هذا الوجود بعد ان لم يكن منه قبول .

أقول : حيث عرفت ان ظاهر الدليل الانتقال الى المورث ثم الى الوارث فلا حاجة الى أمثال هذه الكلمات .

(الرابع : هل المدار على الوارث حين موت الموصى له اذا كان قبل موت الموصى أو الوارث حين موت الموصى؟) فاذا كان للموصى له ولدان حال موته ثم مات أحد ولديه، ثم مات الموصى ورث كلاهما المال على الاول ، وألحى منهما على الثاني ، فعلى الاول حيث مات الولد ورثه ابنه فيرث العمو ابن الاخ في مرتبة واحدة .

أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال الى الميت ثم اليه أو كونه موجباً للانتقال اليه من الموصى فعلى الاول و على الثانى الثانى وجوه .

(أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال الى الميت ثم اليه) فيرث الولدان لانهما في رتبة واحدة، وحيث مات أحدهما يرثه ابنه، أي يرث العم وابن الاخ أيضاً .

(أو كونه موجباً للانتقال اليه) أي الى الوارث (من الموصى) فلايرث الابن الميت من ابني الموصى اليه ، بل يرث الابن الحي للميت الموصى اليه لعدم ارث العم وابن الاخ في طبقة واحدة .

(فعلى الاول) الانتقال الى الميت ثم الى ورثته (الاول) الوارث حين موت الموصى له .

(وعلى الثاني) الانتقال الى الوارث رأساً بدون واسطة الميت (الثاني) الوارث حين موت الموصى (وجوه) ثلاثة أقربها الاول كما قواه السادة الوالد وابن العم والبروجردى والحكيم وغيرهم. وعلله الاخير بأنه الظاهر من النصوص والحمل على الوارث حين موت الموصى تقييد يحتاج الى قرينة ـ انتهى .

وذلك لما سبق من ان الوارث يتلقى الملك من الميت ، والميت يرثه ولداه ، ولامانع من اعتبار ملك ولده الذى مات أيضاً حتى يرثه الحفيد أي ابن الاخ والعم في عرض واحد .

ومنه يعلم ، ان قول بعض المعلقين لايبعد أن يكون الخبر ظاهراً في الثانى

الخامس : اذا أوصى بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا وجهان مبنيان على الوجهين فى المسألة المتقدمة فعلى الانتقال الى الميت ثم الى الوارث لا ترث ، وعلى الانتقال اليه أولا لا مانع من الانتقال اليها لان المفروض انها لم تنتقل اليه بل وصية من الموصى

خلاف الظاهر المستفاد عرفاً .

(الخامس : اذا أوصى بأرض فمات قبل القبول) ثم مات الموصي وقبل الورثة ، وكان فيهم زوجة الموصى له (فهل ترث زوجته منها) في ضمن سائر الورثة (أو لا) ترث (وجهان مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة) من انه هل ينتقل الى الموصى له أولا ؟ ثم الى ورثته أو ينتقل الى الوارث رأساً من الموصي بدون وساطة الموصى له .

(فعلى الانتقال الى الميت ثم الى الوارث لا ترث) الزوجة حيث انها لا ترث من الزوج شيئاً من الارض، ومنه يعلم، حال ما اذا كان الموصى به بناءاً حيث لا ترث الزوجة من اعيانها بل اثمانها .

(وعلى الانتقال اليه) أي الى الوارث (أو لا) وبالذات بدون الواسطة (لا مانع من الانتقال اليها) في عرض سائر الورثة (لان المفروض انها لم تنتقل اليه) اي الى الوارث الذي فيه الزوجة ايضاً .

(بل وصية من الموصى) والوصية لا فرق فيها بين الزوجة وغيرها، لكن قد تقدم انه كالارث بالواسطة، وعليه فلا ترث الزوجة ، وهذا هو الذي افتى به السيد البروجردي ، وان احتاط الوالد احتياطاً مطلقاً بالتصالح ، واستظهر ابن العم عدم ارثها ، وان احتاط اولا .

كما انه يبنى على الوجهين اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه

وبذلك يظهر، ان الاحتمالات الاخيرة في المسألة والتي منها ماذكره بعض المعلقين من حرمانها على كلاالتقديرين ، اوان ماذكره ليس مبنى المسألة او ماشبه غير ظاهر الوجه .

والحاصل : ان ظاهر النص والفتوى انه ارث فيأتي فيه كل احكام الارث والتي منها انالقاتل لايرث ، وانه له حق الخيار الذى كان للمورث وغيرذلك.

(كمانه يبني على الوجهين) الانتقال الى الميت ثم الى ورثته، أوالى الورثة من الموصي رأساً (اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعدقبول الوارث) على الاول لاطلاق أدلة الاخراج ، وقد فرض ان المال انتقل الى المورث ثم اليهم .

(وعدمه) على الثاني ، لانه ليس مال المورث ، بل انتقل الى الورثة من الموصي رأساً ، ولايستشكل على اخراج الوصايا والديون اطلاق النص انـه لورثة الموصى اليه، اذ النص مبني على الحكم الاولى، فهو كما اذا قال: ترك فلان مالا، فيقال انه لوارثه، حيث لايرادبه الاطلاق، خصوصاً وان الرواية في مقام تحقق الارث في الجملة في قبال رجوع المال الى ورثة الموصي لافي مقام بيان الخصوصيات .

أماماذكره السيد البروجردي بقوله: تعليقاً على [بعد قبول الوارث] هذا هو المتعين بلااشكال، لكن الظاهران المتولي لقبول الوصية حينئذ بالنسبةالى

أما اذا كانت بما يكون من الحبوة ففى اختصــاص الولدالاكبر به بناءاً على الانتقال الى الميت

سهم الدين والوصية هوولي أمرالميت من الوصي والحاكم، وان كان الاحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث - انتهى .

ففيه: ان الوارث هوالذي توجه اليه القبول والردفلاوجه لقبول أو رد غيره حاله حال الخيار الذي خلفه المورث، حيث ان الاخذ به هوالوارث لاالوصي والمديون، فان قبل ونفذ كان لهما الحق، وان رد بالخيار لم يكن لهما حق، وهل للدائن حق الزام الورثة بالقبول، قال بذلك بعض المعلقين، وعلله بان القبول حق لهم بالارث، وحيث انه ارث فقد تعلق حق الدائن بهذا الحق، لكن الاظهر عدم حقهم في الالزام ، اذ بالقبول يتحقق الحق فلاحق قبله .

وان شئت قلت: ان الميت لم يترك الحق ، وانما تركه الموصي، فان قبل الموصى اليه صار حقاً للميت ثم للورثة ، والالم يكن حقاً للميت حتى يصح الزامهم بالقبول، وقد ظهر من ذلك انه اذاكان على الميت دعوى مالى لم يصح ان تقام على الورثة الااذا قبلوا الوصية لانهم بدون القبول ليسوا طرف النزاع اذا لم تكن للميت تركة - بناءاً على مااخترناه من الانتقال الى الميت ثم اليهم.

(أمااذا كانت) الوصية (بمايكون من الحبوة فـ) الظاهر انه لاينبغي الاشكال (في اختصاص الولد الاكبر به بناءاً على) مارجحناه من (الانتقال الى الميت) لانه بمجرد ان انتقل صار حبوة حسب موازين الارث، والكلام في انه لو لم

أو لا فمشكل لانصراف الادلة عن مثل هذا .

السادس : اذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى له فان قلنا بالانتقال اليه أو لا بعد قبول الوارث فان قلنا به كشفاً ، وكان موته بعد موت الموصى انعتق عليه وشارك الوارث ممن فى طبقته ويقدم عليهم مع تقدم طبقته فالوارث يقوم مقامه فى القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه، وان كان موته قبل موت الموصى أو قلنا بالنقل ، وأنه حين قبول الوارث ينتقل اليه آناماً فينعتق لكن لا يرث

يقبل الاكبر وقبل غيره ، أو بالعكس ، هو الكلام المتقدم في انه لو قبل بعض الورثة دون بعض .

ومنه يعلم، ان ترديد المصنف في انه هل يختص (أو لا فمشكل) محل نظر بل قد أفتى بالعدم الوالد قائلا: الاقوى عدم الاختصاص.

ولذا قال المستمسك : لا يظهر الفرق بين المقام وما سبق ، ثم قال : نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار ان الوصية بما يكون من الحبوة لا توجب صدق الحبوة لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الاعداد له، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال فضلا عن غير المملوك ـ انتهى .

وفيه: ان اطلاق الحبوة شامل للقسمين ، وقد سكت على المتن السيدان البروجردى وابن العم مما يظهر منهما اشكالهما في المسألة .

وكيف كان، فقول المصنف تعليلا لاشكاله: (لانصراف الادلة عن مثل هذا)

الا اذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة ، وذلك لانه على هذا التقدير بعد سبق سائر الورثة بالارث .

نعم ، لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركها ، وان قلنا بالانتقال الى الوارث من الموصى لامن الموصى له فلا ينعتق عليه لعدم ملكه ، بل يكون للورثة الا اذا كان ممن ينعتق عليهم ، أو على بعضهم فحينئذ ينعتق ، ولكن لا يرث الا اذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم .

السابع : لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية والعهدية .

محل منع ، والله سبحانه العالم .

(السابع: لافرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية والعهدية) وكان ذلك للمناط المستفاد من الروايات المتقدمة، لكن حيث كان الحكم على خلاف القاعدة فالاصل عدم قيام العهدية مقام التمليكية ولذا قوى السيدان ابن العم و الجمال عدم القيام ، و ان سكت على المتن السيدان الوالد و البروجردي .

نعم ، ان أراد بالعهدية خصوص الوصية بالمال بأن يوصي زيداً ان يعطي عمروأ ديناراً ، فان اللازم اعطائه لورثته للمناط ، ولخصوص خبر الساباطي المتقدم،(١) ولابأس بضعفه سنداً بعد عملهم، كما يظهر من استنادهم اليه فاشكال

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٣ .

....

المستمسك في مثله من العهدية لضعف الخبر وعدم الجابر له من عمل الاصحاب محل اشكال.

ثم الظاهر ان أولاد الشبـهة حكمهم في المقام، كما في الارث، أما ولد الزنا فلا يرث في المقام لعدم ارثه مطلقاً، فاذا انحصر وارثه فيه كان كما لو لم يخلف الموصى له وارثاً فترجع الوصية الى ورثة الموصي ، فان الظاهر من كلماتهم انه لاشكال فيه وعن الدروس انه نسبه الى المعظم، وعن التنقيح الى الاكثر، وعن السرائر انه لامام المسلمين، ولعله لانه خرج عن ملك ورثته، و حيث لم يكن له مصرف فهو للامام مثل ارث من لاوارث له.

قال في مفتاح الكرامة : ان قول السرائر شاذ كالخبر الصحيح أوالحسن فان لم تجد فتصدق به، واذا لم يكن للموصى له ورثة الا زوجتـه ، فهل ترث الحق في ما اذا كانت الوصية بالارض حتى اذا قبلت يكون للميت يصرف في خيراته، كما في جراح الميت، حيث يصرف في خيراته أولا لانها لاشأن لها في مالاترث، والاصل العدم الظاهر الثاني ، وقد ذكروا في باب خيار الزوجة حول الارض ماينفع المقام فراجع مكاسب الشيخ المرتضى [ره] وغيره .

ثم لايخفى كما انه تحتاج الوصية التمليكية الى القبول كذلك في العهدية باعطاء الغير ، فان لم يقبل ذلك الغير سقطت الوصية ورجع المال الى ورثة الموصي، وذلك لان ذلك الغير مسلط على نفسه فلايدخل شيء في ملكه بدون قبوله .

مسألة ــ ٨ ــ اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية كمـــا عرفت فلا يعتبر في العهدية ان لم يحصل القبول من الموصى اليـه

(مسألة ـ ٨ ـ اشتراط القبول على القول بـه) وقد تقدم انه هو مقتضى القاعدة (مختص بالتمليكية ـ كما عرفت فلا يعتـبر) قبول الموصى بـه (في العهدية) فيجب العمل بالوصية (ان لم يحصل القبول من الموصى اليه) وحيث ان ذلك على خلاف القاعدة، لان الناس مسلطون على أنفسهم،[1] فلا حق لاحد في جعل شيء عليهم الا برضاهم، فهو مثل جعل شيء على آخر في زمان الجاعل، كان اللازم الوقوف في ذلك على مورد النص المخصص لقاعدة السلطنة ، وقد ورد النص في موردين الولد بالنسبة الى الوالد والموصي الغائب بالنسبة الى الموصى اليه.

فقد روى الكافي عن علي بن ريان قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له ان يمتنع عن قبول وصيته ؟ فوقع عليه السلام: ليس له ان يمتنع[2] ورواه الشيخ والصدوق، عن سهل بن زياد.[3]

وروي الصدوق، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان أوصي رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته، وأن اوصى اليه

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ١ .
الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ من أبواب الوصايا ذيل ح ١ .
الفروع : ج ٢ ص ٢٣٦ .

....

هو وبالبلد فهو بالخيار ان شاءقبل، وان شاء لم يقبل.(١)

ورواه الكليني، عن حماد بن عثمان والشيخ، عن علي بن ابراهيم، وعن الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل يوصى اليه قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه.(٢)

وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا أوصى الرجل الى اخيه وهو غائب، فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهداً فأبى ان يقبلها طلب غيره.(٣)

وعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يوصي الى رجل بوصيته فيكره ان يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لايخذله على هذه الحالة.(٤)

وعن الفضيل، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: في الرجل يوصى اليه؟ قال: اذا بعث اليها من بلد فليس له ردها.(٥)

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ١ .
الفقيه : ج ٢ ص ٢٧٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٥ .

ويختص بما اذا كان لشخص معين أو اشخاص معينين،

وعن اسماعيل، قال: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه وأخوين شهد الابن وصيته وغاب الاخوان ، فلما كان بعد أيام أبيا ان يقبلا الوصية مخافة ان يتوثب عليه ابنه فلم يقدرا ان يعملا بما ينبغي فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم ان يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، وقد اشترط عليه ابنه، وقالا نحن براء من الوصية ، ونحن في حل من ترك جميع الاشياء والخروج منه أيستقيم لهما ان يخليا عمافي ايديهما وعن خاصته فقال : هو لازم لك فارفق على أي الوجوه كان فأنك مأجور لعل ذلك يحل بابنه، [(١)] وهذه الاخبار يستفاد منها الاضطرار من الموصى ، حيث لا يجد غيره ، ولذلك ذكر الغائب حتى اذا كان حاضراً ورد وجدغيره وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك .

وبذلك يظهر ان اطلاق المصنف عدم اعتبار القبول في العهدية غيرخال عن الاشكال، وعليه فاذا أوصى ان يعطي زيد لعمرو ديناراً لايجب القبول من الوصي؛ ولا من الموصى اليه، فللوصي ان لايقبل الوصية وللموصى اليه ان لايقبل الدينار.

(ويختص) لزوم القبول لتنفذ الوصية (بما اذاكان لشخص معين أواشخاص معينين) بل غير المعين ، كما اذا قال : اعطوا احمد أو زيد ديناراً ، فانه اذا

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٦ .

وأما اذاكان للنوع ،أو للجهات كالوصية للفقراء وللعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات

لم يقبل المعين أو المعينين أو المردد كلهم ذلك لم تنفذ الوصية .

(وأما اذاكان للنوع، أوللجهات كالوصية للفقراء وللعلماء أو للمساجد) أوما أشبه (فلا يعتبر قبولهم ، أوقبول الحاكم فيما للجهات) كما ذكره القواعد و المسالك، وان اطلق الشرائع احتياج الوصية الى الايجاب والقبول ، وعلل المسالك عدم الاحتياج الى القبول في النوع والجهات بتعذره في المستحق ان اريد من الجميع ومن البعض ترجيح من غير مرجح مع ان الوصية ليست له خصوصية.

قال في الحدائق: المفهوم من كلام أكثر الاصحاب ان الوصية عقد يفتقر الى الايجاب والقبول من الموصى اليه ان كان معيناً ، وأما غيره كالفقراء مثلا فيقبل الحاكم الشرعي أومن ينصبه ، والظاهر في الثاني، كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عدم التوقف على القبول

الظاهر انه ليس لاجل ان الوصية للنوع أوالجهات ليست بحاجة الى القبول حتى تكون حقيقة الوصية مختلفة، بل لان النوع وولي الجهات يقبلون والا لم يكن وجه للزوم الوصية مع عدم قبولهم، فانه تصرف في سلطنة الغير وهو مناف لتسلط الناس على أنفسهم[1] مثلا: اذاكان هناك مسجد ومتوليه زيد فأوصى

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

....

له عمرو بالضياء، فهل تنفذ بدون قبول المتولى، أواذا أوصى للمساجد التي تحت نظر الفقيه ولم يقبل الفقيه، فهل يقال : بنفوذها رغم عدم قبول الفقيه، ان قيل بذلك سئل عن وجه انخرام السلطة .

لايقال: الوجه قوله سبحانه: «فمن بدله»(١).

لانه يقال: ان كان كذلك لزم ان يقال: مثله في الوصية للشخص، فما الفارق والحل ان من بدله يراد به بعد تحقق الوصية وقبلها لاتحقق فلا تبديل، وقد عرفت ان مقتضى السلطة عدم التحقق الابعد القبول، وكذلك الحال في النوع فاذا أوصى لفقراء محلته فلم يقبل أي فقير المال، فهل يقال بجبرهم عليه، وبأى دليل الجبر، فاذا أوصى ان يعطى ربح ثلثه كل عام للفقراء في محلته فلم يقبل العام الاول فأمر الربح دائر بين اعطائه لهم جبراً ويخالفه دليل السلطة أويترك فيعطى للفقراء في العام الثاني، أوسائر الفقراء، أووجوه البر ـ والمفروض ان الوصية لم تكن من باب تعدد المطلوب، بل كان مقيداً ـ فاللازم ان يرجع الى الورثة لاطلاق أدلة الارث فيما لم يخرج عنه بالوصية ونحوها وكذلك الحال في ما اذا لم يقبل كل النوع، أولم يتحقق حتى مصداق واحد للنوع ولم يكن قصد الموصي من باب تعدد المطلوب ، كما اذا أوصى لفقهاء بلده وانهدم البلد ولم يكن هناك فقهاء.

(١) البقرة : آية/١٨١ .

وان احتمل ذلك أوقيل ودعوى ان الوصية لها ليست من التمليكية

(وان احتمل ذلك أوقيل) ولذا الذي ذكرناه قال بعض المعلقين : انه لا يبعد ذلك، وان قلنا بمالكية الجهة أوالنوع.

وبما تقدم يظهر ، وجه النظر في تفصيل الوالد في المسألة قال عند قول المصنف [فلا يعتبر في العهدية] : من الموصى له اذا كانت بصرف شيء في وجه من وجوهه ونحوه ، لاذا كانت بتصرف في جهة من جهاته الراجعة اليه كتمليك شيء له أوتعميرداره ، ولابالنسبة الى الوصي، فانه يعتبرفيها القبول – انتهى .

وذلك لان مقتضى السلطنة الاحتياج الى القبول مطلقاً بالنسبة الى الوصي والموصى اليه .

و عليه ، فهل يصح ان يقال : بلزوم قبول الوصية لو أوصى جائر بان يصرف ماله على يدالفقيه الفلانى في فقراء البلد ، فانه اذا قبلا لزمت ، وان لم يقبلالم تلزم ، وان رد الفقيه ، وكانت من باب تعدد المطلوب تصداها غيره ، وان كان من باب وحدة المطلوب بطلت ، وان رد الفقراء ، فان كانت من باب تعدد المطلوب صرفه الفقيه في المطلوب الاول، وان كان من باب وحدة المطلوب بطلت .

ومما تقدم يعلم ، حال ما اذا أوصى بأن يصلي عليه فلان أوما أشبهه ، سواء في قبال اعطاء مال له أولا ، فانه اذا لم يقبل الموصى اليه بطلت .

(و) ال(دعوى) التي ادعاها الجواهر من (ان الوصية لها ليست من التمليكية

بل هى عهدية والا فلايصح تمليك النوع أو الجهات كماترى

بل هي عهدية) والعهدية لاتحتاج الى القبول ، وأراد بذلك ان يرد الاشكال المتوجه على الجماعة الذين قالوا بان التمليكية بحاجة الى القبول ، والاشكال هو كيف تقولون باحتياج التمليكية الى القبول مع ان الوصية لنوع أولجهات تمليكية ولاتحتاج الى القبول، فأجاب انهاليست تمليكية ، بل عهدية فلايستشكل على كلامهم .

(والا) تكن عهدية .

(فلا يصح تمليك النوع أوالجهات) ـ وهذا هو دليل الجواهر في انها عهدية لاتمليكية ـ (كماترى) اذبنائهم ان مثل هذه الوصية تمليكية لاعهدية فدفاع صاحب الجواهر عنهم ، بمالا يقولون به ، والذي يدل على ان بنائهم كونها تمليكية ماتقدم في كلام المسالك ، حيث علل عدم الاحتياج الى القبول [بالتعذر ، تارة والترجيح من غير مرجح ، اخرى] ولم يعلله بانها عهدية .

لايقال : صح كلام الجواهر اذ المسجد والنوع لايملكان، فاللازم انتكون الوصية عهدية .

لانه يقال : أي محذور في ملك النوع ، فان الملك اعتبار عقلائي وهو كما يعتبره بالنسبة الى الفرد، يعتبر بالنسبة الى النوع، ثم ان المسجد ، وان كان لايملك ، لان الشارع لم يعتبر ملكه ـ كما ذكرناه في [كتاب احياء الموات] وغيره ، والافالعقلاء لايرون مانعاً من ذلك ـ الان الوصية للمسجد بالمال يعتبر من قسم التمليكية ،لاالعهدية، هذا بالاضافة الى ماتقدم من احتياج كل وصية الى القبول ، سواء كانت تمليكية أوعهدية ، للجهة أوللنوع .

وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً ، وانما يكون الرد مانعاً ،وهو أيضاً لايجرى فى مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقراء مثلا ، بل اذا انحصر النوع فى ذلك الوقت فى شخص فرد لا تبطل

ومما تقدم يظهر، وجه النظرفي انتصار المستمسك للجواهر ، حيث قال : والتحقيق ماذكره في الجواهرمن امتناع تمليك النوع والجهات، لان الملكية تستوجب نوعاً من التابعية والمتبوعية، وذلك لايتحقق في النوع ولافي الجهة،لان المتبوعيةلايصح اعتبارها الامع الهيمنة للمتبوع على التابع والنوع والجهةلاتصلح لذلك ـ انتهى. فان الملك كما عرفت نوع اعتبار والعقلاء يعتبرونه في المقام .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول المصنف : (وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً ، وانما يكون الردمانعاً) اذ كل من تمليك الغير أوالتحميل بشيء عليه تصرف في حدود سلطنته ، وذلك خلاف الناس مسلطون ، فاللازم القبول ، فهو كما لو لم يرد ايجاب البيع الموجه اليه في انه لا يحقق العقد والملكية بدون قبوله ، وان لم يرده .

(وهو) أي الرد (أيضاً لايجرى في مثل المذكورات فلاتبطل) الوصية (برد بعض الفقراء مثلا) اذقد عرفت جوابه (بل اذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص) أو اشخاص (فردلاتبطل) فيه انها تبطل بالنسبة كما تقدم ،كما ان ولي المسجد اذا رد بطلت ، لما ذكرنا ، وقدعلق الوالد على قوله [لاتبطل] : اذالم يختص الموصى به بذلك الوقت والابطلت ،كما لوأوصى لهم بغلةبستانه أوسكنى داره في تلك السنة ـ انتهى .

....

بقي شيء، وهو انه لو أوصى له بسكنى زيد داره، وقبل زيد، على ماذكرنا من اشتراط القبول، ثم لم يسكن هل يحق للورثة السكنى أم لا؟ مقتضى القاعدة انـه ان كانت الوصية على نحو تعـدد المطلوب ، أي وصول ربح الدار الى الموصى له، ومطلوبه الثاني سكناه فلم يسكن آجرها الحاكم وأعطى الموصى له اجرتها ، وذلك ـ لا لان فراغ الدار اسراف ـ بل لان الحاكم ولي الميت ككونه ولي الغائب والقاصي ، فاللازم عليه تنفيذ الوصية أي ايصال حق الميت اليه ، ولذا يحتمل جبر الموصى له بالسكنى ، لان عدم سكناه اضاعة لوصيته مثل جبر الحاكم المشتري بأخذ المثمن واعطاء الثمن، وان كان على نحو وحدة المطلوب، فان امكن جبره، جبره، والارجع ارثاً، لان الوصية كلما لم تتحقق كان اطلاق دليل الارث محكماً، وقدذكرنا مسألة جبر الحاكم ونحوه في بعض المباحث السابقة .

مسألة ـ ٩ ـ الاقوى فى تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الالفاظ ولايعتبر فيه لفظ خاص

(مسألة ـ ٩ ـ الاقوى في تحقق الوصية) في ايجابها (كفاية كل مادل عليها من الالفاظ ولايعتبر فيه لفظ خاص) قال في الشرائع : فالايجاب كل لفظ دال على ذلك القصد، ومثله في القواعد والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد كما حكي عن بعضهم .

أقول : وذلك لاطلاق الادلة بعد صدق الوصية عرفاً، ولذا تصح بالكناية والمجاز اذا تحقق الموضوع ، قال في محكى التحرير : انها تقع بكل لغة يعرف منها قصد ذلك قطعاً ، بل عن الدروس لافرق بين العربية وغيرها ، كما في سائر العقود الجائزة، وقدذكرنا في صيغة النكاح ان من غير اللازم ان يعرف المتلفظ خصوصيات المراد من اللفظ ، فلوقال : أوصيت ولم يعرف ان التاء للمتكلم لم يضر بعد ان عرف ان هذه صيغة وصيته .

ومنه يعلم، وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: ينبغي ان يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف ، ولايكفي ارادته ذلك من لفظ غير صالح لارادته حقيقة أو مجازاً ، ولذا رده المستمسك بانه بعد ظهور المراد لامجال للتوقف في الصحة عملا باطلاق الادلة ـ انتهى .

ومماذكرنا يعلم ، وجه ماقاله القواعد من صحة أوصيت بكذا ، أوافعلوا كذا؟ أواعطوا فلاناً بعدوفاتي، أو لفلان كذا بعدوفاتي؟ أوجعلت له كذا؟ قال: ولوقال هو له فهو اقرار في الحال لايقبل منه حمله على الايصاء الا ان يقرنه بما

....

يفسد الاقرار ،كمالوقال : هو من مالي له فهو وصيته، ولوقال: عينت له كذا ؟ فهو كناية ينفذ مع النية ، ولوقال : وهبته وقصد الوصية لاالتنجيز ، فالاقرب صحة التفسير لانه بمنزلة ملكت، ونقل ذلك عن التذكرة والايضاح وحواشي الشهيد .

ثم إن شك في لفظ انه أراد الاقرار، حيث ينفذ كله، ولوأكثر من الثلث ، أو وصية فلا ينفذ الافي مقدار الثلث ، فالظاهر جريان اصالة عدم لزوم الزيادة بعد تساقط اصالتي عدم الاقرار وعدم الوصية ، وكذا لوشهد اثنان بانه أوصى بكذا، وآخران بانه اقربكذا فالمعطى للطرف بقدر الثلث لاأكثر، والظاهر انه لاتكفي النية المجردة في الوصية، اذا علمنا بها، وان كانت النية على نحو انشاء الوصية لعدم تحقق العقد بذلك، بل ولاالايقاع ، فلوطلق زوجته أواعتق عبده قلباً لاينفع .

وكذا لوقال في قلبه انه ابرء مدينه من دينه، فانه لايبرء لعدم اعتبار العقلاء بذلك وكذا النية في النفاق، ولذا لايعتبرونها في الايمان مع الجحود لساناً، كما قال سبحانه : « وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم »(١) بل وحتى بدون الجحود فانه لا يسمى ايماناً ، وعليه فاذا قال في قلبه انه بريء الدين الذي له على زيد لم يبرء .

---

(١) النمل : آية/١٤ .

بل يكفى كل فعل دال عليها حتى الاشارة والكتـابة ، ولو في حال الاختيار اذاكانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة

ومماتقدم، من كفاية القلب والمظهريعلم انه لوقال: اعطوا ومات ولم يكلم بماعلمنا ارادته من [زيداً ديناراً] مثلا، كانت وصية لعدم لزوم ذكر المتعلقات ، فهو يعد وصية ، وكذلك لو انعكس بأن قال : [زيداً ديناراً] ولم يقل اعطوه لحيلولة الموت دونه .

(بل يكفي كل فعل دال عليها حتى الاشارة والكتابة) كمااحتمله التذكرة، بل عن المناهل والرياض الجزم به وفي الجواهر: لعله الظاهر من النافع ، لكن عن غير واحد العدم، بل نسب ذلك الى المشهور. وفي الجواهر انه ظاهر الاصحاب وعن السرائر نفي الخلاف فيه وعن رسالة الشيخ المرتضى ظهور عدم الخلاف فيه وعن ظاهر الغنية الاجمـاع على اختصاص الكتابـة بحال الضرورة واختار الجواهر الجواز، وذلك لصدق العقد عرفاً فيشمله الدليل، بل لو لم نقل انه عقد شملته الوصية موضوعاً فيتبعهـا الحكم ، ولذا كان المشهور بين المعاصرين ونحوهم الصحة ، بل يؤيد الصحـة استمرار السيرة على الكتابـة من دون التلفظ .

أمامن نفس الموصي فكتب مايريد ، فاذا وجدت في تركته عمل بها من دون مناقشة، أوممن يملي عليه، ومن الواضح ان الاملاء ليس انشاءاً، فلايقال : ان في الاملاء انشاءاً، ولذا الذي ذكرناه انه ليس بانشاء لو قال لكاتبه : اكتب طلاقي هنداً، لم يكن ذلك طلاقاً، فالاشارة والكتابة كافية :

(ولو في حال الاختيار اذا كانت صريحة في الدلالة، بل أوظاهرة) بل أو

فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال فما يظهر من جماعة

علم المراد منه ، اذ اللفظ والقصد كافيان فلاحاجة في المقام الى الظهور الذي لايراد به الافي عالم الاثبات .

(فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال) عند العرف والشارع لم يحدث طريقاً جديداً .

لايقال: مقتضى القاعدة كفاية القصد أيضاً ، ولذا يستندون في الوقف الى ارتكاز الواقف بعد تعذر المصرف، ولافرق بين الوصية والوقف من هذه الجهة فاذا وصى ان يفرش فراشه في مسجد كذا، ثم تعذر ذلك قالوا بلزوم فرشه في مسجد مماثل له ، استناداً الى ارتكاز الواقف ، و أي فرق بين أصل الوصية و بين فروعها حتى يقال : بان القصد في الثاني مصحح دون الاول .

لانه يقال: الفارق ان في الفروع يوجد أصل اللفظ، والعقلاء يعتبرونه اذا كان لفظ في الجملة بخلاف أصل الوصية، فانه اذا لم يكن لفظ لم يعتبره العقلاء ولو قال: حيث لايسمعه أحد أو صيت بكذا، ثم علمنا ذلك ، فالظاهر الكفاية لتحقق اللفظ والقصد، وأولى بذلك ما لو اخبر بعد ذلك بانه أوصى في الخلوة بكذا، أما لو قال:أوصيت بكذا ـ بصيغة الماضي بدون ارادة الانشاء ، بل بارادة الاخبار ـ فان كان أوصى قبلا لزم والالم يلزم لانه اخبار مكذوب، وليس بانشاء والوصية انشاء ،ومثله لو قال: سأوصي، فانه اذا أوصى في المستقبل كانت وصية والالم تكن وصية، اذ لاانشاء فيه كما عرفت .

(فما يظهر من جماعة) ، بل تقدم نسبته الى المشهور و عدم الخلاف و الاجماع .

من اختصاص كفاية الاشارة والكتابة بحال الضرورة لاوجه له

(من اختصاص كفاية الاشارة والكتابة بحال الضرورة لاوجه له) كما تقدم ثم لااشكال ولاخلاف في كفايتهما حال الضرورة للصدق بعد عدم المانع والمناط في صلاة الاخرس وطلاقه وقد ورد روايات في ذلك .

فقد روي الصدوق، عن أبي مريم، عن أبي عبد الله عليه السلام ، ذكره عن أبيه: ان امامة بنت أبي العاص وامها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام، المغيرة ابن نوفل فذكر انها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها فجائها الحسن والحسين ابناء علي عليهم السلام وهي لاتستطيع الكلام فجعلا يقولان لها والمغيرة كاره لذلك اعتقت فلاناً وأهله فجعلت تشير براسها وكذا وكذا فجعلت تشير براسها .

نعم، لاتفصح بالكلام فاجازا ذلك لها،(١) فان كان المراد الوصية كان من محل الكلام ، والادل عليه بالمناط، لكن في رواية دعائم الاسلام فاجازا وصاياها فهي صريحة في الوصية .

وعن قرب الاسناد، عن علي بن جعفر، عن أخيه عليهم السلام، قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليها، يسأله اعتقت فلاناً و فلاناً فيومى برأسه أو تومى برأسها في بعض نعم و في بعض لا وفي الصدقة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ١ .
الفقيه : ج ٢ ص ٢٧٣ ـ التهذيب : ج ٢ ص ٤٠٠ .
المستدرك : ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤ .

....

مثل ذلك أيجوز ذلك؟ قال : نعم، هو جائز.(١)

وروي الكليني، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : ان فاطمة بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام، كانت أول امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من مكة الى المدينة على قدميها ، الى ان قال: وقالت لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يوماً: اني اريد ان اعتق جاريتي هذه، فقال صلى الله عليه و آله و سلم : لها ان فعلت اعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار ، فلما مرضت أوصت الى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم وامرت ان يعتق خادمها و اعتقل لسانها فجعلت تؤصي الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ايماءاً فقبل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم وصيتها.(٢)

وروى الصدوق، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: دخلت على محمد بن علي بن الحنفية، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع ، فقلت له: خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل ، و نسخت انا في صحيفة.(٣)

وفي رواية الكليني ،عن عبد الرحمان بن الحجاج ،عن الصادق عليه السلام مثله بتفصيل أكثر .

ومن ذلك يعرف، كفاية كل اشارة وكتابة ولو بالتسجيل في المسجل ،

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ وبالاسناد ص ١١٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه مهره اذا علم كونه انما كتبه بعنوان الوصية ويمكن ان يستدل عليه بقوله عليه السلام لا ينبغي لامرىء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه (١)

أو الالقاء القلبي على شيء اذا ظهر ما في قلبه بواسطة الشريط و نحوه ، كما يؤخذ الان شريط القلب والمخ وما أشبه .

و كيف كان ، فيعلم مما تقدم عدم المفهوم ، لما رواه الدعائم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : والاشارة بالوصية لمن لايستطع الكلام يجوز اذا فهمت .(٢)

(بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه) وان لم يكن بـ (مهره) كما لايخفى (اذا علم كونه انما كتبه بعنوان الوصية) ولم يبطله .

(ويمكن ان يستدل عليه) بالاضافة الى السيرة القطعية من غير نكير (بقوله عليه السلام) فيمارواه المفيد في المقنعة مرسلا والشيخ في المصباح : (لاينبغي لامرىء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه) فإن المراد به الكتابة ، كما هو واضح ، وذلك يلازم حجية الكتابة ، وان كان السند ضعيفاً .

و روى الجعفريات ، بسند الائمة عليهم السلام الى علي بن أبي طالب عليه السلام ، قال : قال رسول صلى الله عليه وآله وسلم : ليس ينبغي المسلم ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه . ورواه الدعائم والغوالي فراجع المستدرك .(٣)

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥١٧ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٢ والوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب الوصايا .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥١٧ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٢ .

بل يدل عليه ما رواه الصدوق، عن ابراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت اليه كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب: ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره.

(بل يدل عليه ما رواه الصدوق، عن ابراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت اليه كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد ان يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك، فكتب: ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره)[1].

وهذا الحديث بعد حجيته يدل على ان وجوب تنفيذ الوصية خاص بالولد كما ذكرناه سابقاً فلا يجب على غيرهم، وعن نهاية الشيخ الزام الورثة بالمكتوب اذا عملوا ببعضه، وكأنه ينظر الى ما رواه التذكرة فانه رواها هكذا، [ان كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم ان ينفذوا كل شيء] أو الى ان تنفيذ البعض دليل على قبولهم الوصية، فاللازم عليهم تنفيذ الكل.

وبما ذكرناه ظهر، وجه ضعف ما في المستمسك قال: والانسب في رواية

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٨ من أبواب الوصايا ح ٢.

المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد نظير قضاء الصلاة و الصوم فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول لا على حجيتها كما قصد المصنف [ره] ـ انتهى .

و كيف كان ، فحجية الوصية بالكتابة شيء ، و لزوم تنفيذ الوصي شيء آخر .

فالاول : مورد السيرة القطعية ، بل مقتضى اطلاق ادلة الوصية بعد وضوح ان العقلاء يعتمدون على الكتابة و لم يعلم احداث الشارع لها طريقاً جديداً .

وأما الثاني : فقد عرفت عدم وجوب تنفيذ الموصى اليه الوصية اذا لم يقبلها الا اذا كان ولداً أو غائباً كما تقدم، فاذا لم يكن الامران، فالظاهر وجوب التنفيذ على الحاكم الشرعي، لانه ولي من لاولي له .

هذا على الغالب من كون ارادة الموصي تعدد المطلوب ، أما اذا علم ارادته و حدة المطلوب قيداً أو مصباً بطلت الوصية اذا لم يقبل الوصي ، لان المقيد عدم عند عدم قيده، ولانه لاوصية مع فقد المصب ـ كما ذكرنا مثل ذلك من أحكام الشرط والقيد والمصب في كتب المزارعة والمساقاة وغيرهما ـ و الله سبحانه العالم .

مسألة ــ ١٠ ــ يشترط في الموصى أمور :

الاول : البلوغ ، نعم الاقوى وفاقاً للمشهور صحة وصية البالغ عشراً اذا كان عاقلا

(مسألة -- ١٠ -- يشترط في الموصى امور :)

(الاول: البلوغ) بلا اشكال ولاخلاف بل اجماعاً وضرورة في غير المميز لانه كالبهيمة لايشمله دليل الوصية ، وقد دلت الروايات المستفيضة على قصور سلطنة الصبي على نفسه وماله، بل يدل عليه أيضاً قوله سبحانه: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم »[(١)].

(نعـم ، الاقوى وفاقاً للمشهور) كما صرح بالفتوى به الشيخـان وابن البراج وأبو الصلاح وابن حمزة وغيرهم ، وفي الشرائع انه الأشهر ، وعن المختلف وجامع المقاصد والحدائق والجواهروغيرها نسبته الى الشهرة،بل عن ظـاهر الغنية وكشف الرموز و الروض و الدروس الاجمـاع عليه (صحة وصية البالغ عشراً اذا كان عاقلا)لوضوح ان غير العاقل لاتصح وصيته ، وان كان بالغاً ضرورة واجماعاً .

بل عن غاية المراد في تصحيح وصيته قال: ان الاقدام على رد ماتظافرت به الفتاوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل .

و قـال في مفتاح الكرامة : لمكان الاخبار هنا و الفتاوى والاجماعات و الشهرات .

---

(١) النساء :آية/٦ .

في وجوه المعروف للارحام أو غيرهم لجملة من الاخبار المعتبرة

(في وجوه المعروف للارحام أو غيرهم لجملة من الاخبار المعتبرة) كصحيح عبد الرحمان بن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قال أبو عبد الله: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته[1].

وصحيح زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام، قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف ، و حق فهو جائز[2].

وموثق منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال : سألته عن وصية الغلام، هل تجوز؟ قال: اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته[3].

وموثق عبد الرحمان بن ابي عبد الله عليه السلام ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا بلغ الصبي خمسة أشبار اكلت ذبيحته ، واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته[4].

أقول : خمسة اشبار، أما لاجل انه في قبال ما ينسب الى الخليفة الثاني ـ كما في البحار[5] ـ من امره بضرب اعناق جملة ممن بلغ خمسة أشبار، أو لاجل

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٥ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٠ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٧ .
(٤) البصائر : ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٥ .
الكنز : ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٦ . .
(٥) البحار : ج

....

ان البلوغ لم يكن موقتاً فى ذلك الزمان، حيث لم يكونوا يهتمون بسنى العمر فقرر الشارع ما يناسب البلوغ ارتفاعاً، وان كان بينه وبين خمسة اشبار عموم من وجه، أو هو حكم واقعى لانعرف وجهه .

وموثق أبي ايوب ، وأبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في الغلام ابن عشر سنين يوصي ؟ قال عليه السلام : اذا اصاب موضع الوصيه جازت(١) .

وصحيح محمد بن مسلم قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام ، يقول : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم تجز للغرباء(٢) .

وصحيح أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين، وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، واذا كان ابن سبع سنين وأوصى من ماله باليسير جازت وصيته(٣) .

وموثق محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهم السلام ، قال : يجوز طلاق الغلام اذا كان قدعقل وصدقته ووصيته، وان لم يحتلم(٤) .

وروي أحمد بن عيسى في نوادره ، عن ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٠ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٨ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٤) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٢٥ الباب ٣٢ من أبواب الوصايا ح ٥ .

السلام، قال: الغلام اذا أدركه الموت ولم يدرك مبلغ الرجال وأوصى جازت وصيته لذوي الارحام ولم يجز لغيرهم.(١)

ويشمله اطلاق مارواه العياشي، عن ابن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام [في حديث] : اذا بلغ ثلاث عشر سنة كتب له الحسن، وكتب له السيء وجاز أمره ، الا ان يكون سفيهاً أو ضعيفاً ، (٢) ثم ان الجمع بين مادل على عشر سنين ، ومادل على التعقل هو وجود كليهما، بل المنصرف من الاول الثاني ، فمادل على اشتراط العقل لا اطلاق له بحيث يشمل غير العشر.

أما مادل على كفاية دون العشرففيه ان اعراض الاصحاب يوجب رفع اليد عنه والمراد باصابة موضع الوصية كون الوصية عقلائية مشروعة .

ومنه يعلم، انه لاخصوصية لتقييد المصنف بوجوه المعروف الا ان يريد ذلك فالصبى كالكبار في ان الوصية تقبل منه الا اذا كان جنفاً ، كماذكرفي الاية الكريمة ومقتضى القاعدة وان كان تقييد الوصية بذوي الارحام لوجود بعض الروايات المقيدة الا ان المشهور لم يقيدوا فالمقيد محمول على بعض مراتب الفضل .

ثم ان ابن الجنيد قال: بصحة وصيته اذا بلغ ثمان سنين لرواية الحسن بن راشد، عن أبي الحسن العسكري عليه السلام ، قال : اذا بلغ الغلام ثمان سنين

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .

خلافاً لابن ادريس وتبعه جماعة .

فجائز امره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك .

وقدتقدم صحيح أبي بصير في سبع سنين أيضاً، لكن في الشرائع انالرواية شاذة، وفي التذكرة هي متروكة بين الاصحاب .

وقال في مفتاح الكرامة: بل هي متروكة بين المسلمين لدلالتها على حصول البلوغ لهما بذلك وأبوعلي لايقول به، ولذاخص بذلك وصيتهما، الى انقال: وليس لك ان تقول انه يمكن حملها على التقية من أحمد ومالك والشافعي في أحد قوليه .

لانا نقول : ان أبا حنيفة والشافعي في القول الاخـر الاظهر عنده يقولان بمقالة ابن ادريس، فلاترجيح ولاتضعيف من جهة التقية .

(خلافاً لابن ادريس وتبعه جماعة) قال في مفتاح الكرامـة في شرح قول العـلامة : فلا تنفذ وصية الصبي ، وان كان مميـزاً في المعروف وغيره هـو خيـرة السرائر والتحرير والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام والتلخيص والتبصرة، وكأنه قال به في المسالك والروضة وفي المختلف والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد انه أحوط، وظاهر التذكرة واللمعة والنافع والدروس التوقف والتردد .

أقول : استدل هؤلاء باصالة عدم النفوذ ، وقال في السرائر : انها اخبار احاد أوردها في النهاية ايراداً، وقال في المختلف : الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف في المال عنه، وأشكل في المسالك عليها

الثانى : العقــل ، فلا تصح وصية المجنون ، نعم تصح وصية الادوارى منه اذاكانت فى دور افاقته

باختلاف الاخبار بحيث لايمكن الجمع بينها واثبات الحكم المخالف للاصل بها مشكل، وانت خبير بما في هذه الاستدلالات والاشكالات، فالقول المشهور هو مقتضى القاعدة .

نعــم ، يبقى انه ان شرط العشر وكانت البنت تبلغ حينئذاك لم يكن لها شيء، الا ان يقال برواية السبع لها، حيث ان ثلاث سنوات هي الفاصلة غالباً بين عشر الغلام وبلوغه ، فاللازم ان يكـون مثل ذلك الفاصل للبنت أيضـاً ، لكن لم أجد من صرح بذلك ، فالاصل عدم نفوذ وصيتها ، وان كان ربمـا يستأنس له بذلك. ولو كان خنثى مشكلا، هل ينفذ أم لا ؟ الاصل العدم والمناط القبول .

(الثاني: العقل فلاتصح وصية المجنون) بلااشكال ولاخلاف، وفي مفتاح الكرامة الاجمــاع عليه ، وفي المستمسك لسلب عبارته لسلب قصده فلايصح انشائه، وان كان عن قصد والعمدة الاجماع ـ انتهى .

وفيه : ان العمدة عدم شمول أدلة الوصية لـه ، كعدم شمول أدلة النكاح والطلاق والبيع وغيرها له .

(نعم تصح وصية الادوارى منه اذاكانت) الوصية (فيدور افاقته) بلااشكال ولاخلاف، وقدنسب ذلك الى الاصحاب لشمول الادلة له بلامانـع ، واحتمال عدم استقامة حاله حتى حال عقله غير ضار بعد عدم اعتناء العرف به ، فيشمله الدليل، ولوشك في انه هل وصي في دور افاقته أوجنونه؟ فان كان مستصحب

وكذا لاتصح وصية السكران فى حال سكره ولا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل

أحدهما عمل به ، والاكان الاصل عدم النفوز، لعدم احراز الشرط ، ولامجال لاصالة الصحة لانصراف أدلتها عن مثل ذلك، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل، حيث ذكر بعضهم انه لو اجري معاملة، ثم شك في انه هل كان حال المعاملة غير بالغ أو بالغ جرت اصالة الصحة لاطلاق أدلتها، وربما يحتمل انه محل القرعة، أو محل قاعدة العدل، لانه أمر مالي فينفذ في نصفها دون النصف الاخر الذى يكون للوارث .

(وكذا لاتصح وصية السكران في حال سكره) اذا كان بحيث يسلب عقله لماتقدم في اشتراط العقل هنا، وفي سائر المعاملات، وأمامادل على صحة نكاح السكرى نفسها، فاللازم تخصيصه بمورده، وحكم الشك في انه هل أوصى في حال سكره أو صحوه ؟ كماتقدم في الادوارى، ولو أوصى فى حال السكر ، ثم أجازه حال صحوه صح بلااشكال ، لان الاجـازة بمنزلـة الوصية ، وكذا في مسألتي البلوغ والعقل .

(ولايعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل) وذلك لاطلاق الادلة وكثرة جنون الادوارى بعد دور عقله ، ومع ذلك قالوا بصحة وصيته ، ولـذا نسب عدم البطلان الى الاصحاب، وعن العلامة الطباطبائي في مصابيحه الاجماع عليه ولانسلم ماذكروه من بطلان العقود الجائزة بالجنون حتى يقال بأن الوصية خارجة عن تلك القاعدة ، بل الاصل بقائها .

وكيف كان فان وصلت النوبة الى الاصل كان الاصل مع بقاء الوصية لو عرض

كما انه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته فاعتبار العقل انما هو حال انشاء الوصية .

الثالث : الاختيار.

جنون بعدها، ولو أوصى ولم نعلم هل كان عاقلا أو مجنوناً فان كانت حالة سابقه كان مقتضى الاستصحاب بقائه ، والا كما اذا لم يعلم الحال السابق ، فهل يتمسك باصالة الصحة ، كما اذا شك فى فقد سائر الشرائط ، وكذلك في كل عقد أولا للشك في أصل الوصية ، لان فاقد الشرط ليس بوصية احتمالان ، وان كان الاقرب الى اطلاق دليل أصل الصحة ، مثل : ضع أمر أخيك على أحسنه . الاول فتأمل .

(كما انه لو اغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته) لما تقدم (فاعتبار العقل انما هو حال انشاء الوصية) .

ومما تقدم ظهر ، وجه قول مفتاح الكرامة والمحكى عن التذكرة بعدم صحة وصية المغمى عليه والمبرسم والمعتوه الذي لايعقل والنائم ، لان هؤلاء في حكم المجنون .

(الثالث: الاختيار) بلا اشكال ولا خلاف ، بل اجماعاً كما ادعاه غير واحد وذلك لرفع الاكراه الظاهر في رفع جميع الاثار ، لا خصوص المواخذة ، وان ذكر غير واحد انه ظاهر في رفعها فقط ، بل هو مثل رفع القلم عن الصبي والنائم فقلم التكليف [الاعم من التكليف والوضع، لان الوضع أيضاً نوع من التكليف] لم يوضع على المكره ، وما خرج من الاثار مثل الجنابة والنجاسة ونحوهما يلزم ان يدل عليه الدليل من نص أو ضرورة أو اجماع ، كما ذكرنا مثله في

....

باب رفع القلم من الصبي[1] فالصبي كانه لم يكن هناك شرع ، لانه هو المفهوم عند العرف من مثل هذا اللفظ ، ولذا لم نستبعد عدم الخمس عليه ، وعدم حرمة البهيمة الملوط له ، وعدم حرمة ام المفعول ونحوها اذا كان الفاعل طفلا ، بل وعدم جنابته فلا يجب عليه غسل الجنابة اذا كبر ، الى غير ذلك ، وان كان اللازم مراعاة الاحتياط في بعض المذكورات .

وكيف كان ، فيؤيد ماذكرناه من استفادة العموم من رفع الاكراه ، صحيح البزنطي، عن أبي الحسن عليه السلام [في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة مايملك أيلزمه ذلك ؟ قال عليه السلام : لا .

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : وضع عن امتى ماكرهوا عليه ومالم يطيقوا وماأخطأوا] أما لو اضطر الى الوصية فالظاهر صحتها،لان الاضطرار لاينافي الاختيار، كما اذا اضطر الى بيع داره لاجل صرف ثمنها في تعليم أولاده وغير ذلك ، وهنا ولو بقرينة الاجماع يحمل على رفع المؤاخذة الدنيوية كالحدود والقصاص والاخروية كالعقاب ، ولذا رفع أمير المؤمنين عليه السلام العقاب عن الزانية اضطراراً ، حيث لم يرض الزاني باعطائها الماء وخافت الهلاك فرضيت مضطرة .

فلايقال: ان المساق في الاكراه والاضطرار واحد ، فاللازم اما رفع جميع

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ح ١ .
أيضاً الوسائل : ج ١ ص ٣٢ الباب ٤ من أبواب الطهارة ح ١٠ .

الرابع : الرشد فلا تصح وصية السفيه

الاثار فيها أودفع المؤاخذة فقط ، وحيث لارفع لجميع الاثارفي الاضطرار ، لارفع لجميعها في الاكراه ، لان الفارق الدليل الخارجي ، ولوأوصى كرهاً، ثم رضي كان اجازة مثل بيع المكره .

(الرابع: الرشد فلاتصح وصية السفيه) كما يفهم من كلام السرائر، حسب ما ذكره مفتاح الكرامة ، بـل والقواعد ، حيث استوجه قبول وصية الجارح نفسه مع تيقن رشده ، قال : ولـو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً وحكى عن ابن حمزة والتحرير ،وقواه جامع المقاصد لعموم حجر السفيه عن التصرف في ماله ، وظاهر المحكى عن المفيد وسلار والحلبي عدم نفوذ وصيته الا في البر والمعروف ، بل في جامع المقاصد المشهور بين الاصحاب جواز وصيته في البر والمعروف ، ويظهر من سكوت السادة الوالد وابن العم والبروجردي وغيرهم على المتن انهم وافقوه ، لكن في المستمسك ان ماذكره المشهور هو مقتضى عموم الصحة وقصور أدلة الحجر عن شمولها للمقام لظهورها في الامتنان عليه فلاتقتضى حرمانه عن الانتفاع بماله .

أقول : مقتضى القاعدة الصحة حتى في الامور العادية اذا لم يكن سفهياً اذ لادليل على أكثر من ذلك، فان قوله تعالى «لاتؤتوا السفهاء أموالكم»(١) منصرف عن الوصية العقلائية ، ولـو شك في شمولها للمقام كان الاصل مع تسلط الناس

---

(١) النساء : آية/ ٥ .

وان كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده، وأما المفلس فلا مانع من وصيته وان كانت بعدحجر الحاكم لعدم الضرربها على الغرماء لتقدم الدين على الوصية .

على أموالهم ، ومنه يعلم وجه النظرفي منع المصنف لها .

(وان كانت بالمعروف سواءكانت قبل حجر الحاكم أوبعده) لان الحجرعن تصرفاته حال الحياة .

نعم ، يمكن ان يشكل ذلك اذا اتخذ الوصية ذريعة الى تصرفه في مثل ماله حال حياته ، مثلا : أوصى لولده بألف ـ من ثلثه ـ وقد كان قرران يعطيه الولد الالف في حال حياته ليأخذ بدله بعد موته فيتصرف في الالف تصرفاً سفهائياً ، لان مناط منع السفيه آت في المقام ، فانالمال حينئذ يخرج عن كونه قياماً ، وان كانت المسألة مستثنى ومستثنى منه بحاجة الى التأمل ، والله سبحانه العالم .

(وأما المفلس فلامانع من وصيته) لاطلاق الادلة الشاملة له (وانكانت) الوصية (بعد حجرالحاكم) فكيف بما اذا أوصي ثم حجرالحاكم عليه (لعدم الضرربها) بالوصية (على الغرماء لتقدم الدين علىالوصية) فاذا أوصى ثم مات وهو مفلس ، فان صار له مال يزيد على الدين ، كما اذا قتل وصارت له الدية اخرج الدين من تركته أولا ، ثم عمل بوصاياه ، وان لم يصرله مال يزيد على الدين ، لكنه برى من بعض الدين بماجعل مجالا للوصية كلاأو بعضاً ، فانه تنفذ وصيته .

الخامس : الحرية فلاتصح وصيةالمملوك بناءاً على عدم ملكه وان أجاز مولاه ، بل وكذا بناءاً على ما هو الاقوى من ملكه لعموم أدلة الحجر ، وقوله عليه السلام : لاوصية لمملوك بنـاء على ارادة نفي وصيته لغيره لا نفي الوصية له .

نعم ، لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور ، ولو أوصى

وبذلك ظهر وجه النظر في عبارة المستمسك قال: وبالجملة المفلس لايترتب الاثرعلى وصيته الا اذا مات غيرمفلس فيكون حال التفليس حال الرقية ، فانه لاتصح وصية الرق الا اذا مات حراً، وعليه فلاوجه للفرق بينهما في الشرطية وعدمها ـ انتهى.

اذ فيه : ان الفارق ان العبد لايقدر على شيء، أماالمفلس فالمانع تزاحم الوصية للدين، فاذا رفع التزاحم قبل الموت، أوحين الموت أوبعده لم يكن مانع من نفوذ الوصية .

نعم، اذا بقي التزاحم بماقدم الدين بطلت الوصية لعدم المجال لها، ان لم يوجد متبرع يقوم بهـا ، ولذا سكت على المتن السادة ابن العم والوالـد والبروجردي والجمال وغيرهم.

ومنه يعلم ، انه اذا رفع الحاكم الحجر على المفلس بعد موته ، كما اذا ظهر له عدم موازين الحجر نفذت الوصية أيضاً، اذا بقي بعد الدين شيء .

ثم ان اشتراط عدم السفه وعـدم الفلس ـ في الجملة ـ انمـا يكون في الوصايا المالية، أماغيرها فلاربط لها بهما .

بماله، ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت على اشكال ، نعم لو علقها على الحرية فالاقوى صحتها ، ولا يضر التعليق المفروض ، كما لا يضر اذا قال : هذا لزيد ان مت في سفري ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لايحتاج الى صرف مال فالاقوى الصحة، وكذاما كان من هذا القبيل .

السادس : ان لايكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه مايوجب هلاكه من جرح أوشرب سم أو نحو ذلك فانه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الاجماع

(السادس: ان لايكون قاتل نفسه بأن أوصى بعدما احدث في نفسه مايوجب هلاكه) بحيث لولاه لم يهلك، وفي كونه جزء علة تامة، أوعلة تامة بحيث لولا علة اخري كانت تامة في هلاكه ، أو انه يهلك في الوقت بسبب آخر، ولو لم يسبب بنفسه هلاك نفسه ، كما اذا يقتله القاتل ساعة كذا ، فشرب سماً قتله في نفس الساعة مثلا ، فسيأتي الكلام في جميعها .

(من جرح أو شرب سم أونحو ذلك) كالقاء نفسه في البحر، أو من سفح جبل، أوفي النار، أوفي المسبعة، أو غيرذلك .

(فانه لاتصح وصيته على المشهور المدعى عليه الاجماع) وهومذهب الاكثر كمافي التذكرة وايضاح النافع والمشهور ،كمافي المهذب البارع ، وجامع المقاصد والمسالك والكفاية، وقدنسبه في الايضاح الى الاصحاب مكرراًمؤذناً بدعوى الاجماع عليه ، كذا في مفتاح الكرامة، وادعاه هو صريحاً ،كما يأتي

للنص الصحيح الصريح

ونسبه في الحدائق الى المشهور ، وفي الجواهر بلاخلاف معتد به ، وذلك (للنص الصحيح الصريح) وهو صحيح أبي ولاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً، فيها قلت: [قيل] له ارأيت ان كان أوصى بوصيته ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال: فقال: ان كان أوصى قبل ان يحدث حدثاً فى نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه، وان كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته.(١)

وعن دعائم الاسلام، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه سأل عن وصية قاتل نفسه ؟ قال : اذا اوصى بها بعد ان أحدث الحدث في نفسه ومات منه لم تجز وصيته.(٢)

أقول : العمدة فى الحكم الرواية والا فلاربط بالوصية مع قتل نفسه ، فالاطلاق لوها شامل لها ، ولذا كان تعليل المختلف بدلالة الفعل على سفهه ، بضميمة ان السفيه لاتقبل وصيته، وبعدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت والوصية تكون نافذة اذا صدرت في حال الحياة، وبان القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه ، لان قبول وصيته نوع ارث لنفسه ـ انتهى بتصرف من باب بيان مايمكن ان يكون حكمة في الحكم .

---

(١) الوسائل : ج ص ٤٤١ الباب ٥٢ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ١ .

خلافاً لابن ادريس وتبعه بعض

(خلافاً لابن ادريس وتبعه بعض) قال في القواعد: ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً .

وقال في مفتاح الكرامة : كما هو خيرة السرائر، وقد نفى عنه البأس في المختلف، وفي ايضاح النافع انه حسن جداً ، وفي المسالك انه وجه وجيه ، وفي الروضة انه حسن لولا مخالفة النص المشهور، قلت : ومع ذلك فالقائل بهشاذ والاجماع معلوم على خلافه .

أقول : خلافهم لايقاوم النص الصحيح المعمول به قديماً وحديثاً ، وقد حمل القواعد الرواية على ماذكره بقوله : وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على اشكال ــ انتهى .

ورده الجواهر بقوله: هل من الممكن احتمال اعتبار استقرار الحياة في صحة الوصية؟ وهل هو الاتقييد للادلة من غير مقيد؟ وكيف جاز ارتكابه؟ ولم يجز ارتكاب تقييدها بالنص الصحيح .

أقول: عدم اعتبار استقرار الحياة انما هو لاجل اطلاق الادلة، ثم ان معنى ان وصيته لم تجز ما اذا لم يرد الوارث والاجاز فانه كالتبرع من الوارث ،كما انه اذا كانت الوصية بالواجبات أمثال خمسه وزكاته، وديون الناس منه، نفذت لامن باب الوصية، بل من باب اقرار العقلاء[1]، واطلاقه يشمل ما اذا جرح نفسه

(١) الوسائل ج ١٦ ص ٥٦٨ الباب ٣ من كتاب الاقرار ح ٢ .

والقــدر المنصرف اليه الاطلاق الوصية بالمال ،وأما الوصيــة بما يتعلق بالتجهيز ونحوه ممالاتعلق له بالمال فالظاهر صحتها

والظاهران الكافراذا جرح نفسه ، أو المخالف ولم يكن يعتقد في دينه ومذهبه بهذا الحكم نفذت وصيته، لقاعدة الالزام،(١) ولوقال بعد ان جرح نفسه: اني كنت قد وصيت سابقاً بكذا و كذا قبلت، لانه مما لايعرف الامن قبله ، وقد ذكر في بعض مباحث الكتاب ان مالايعرف الامن قبله حجة قوله فيه .

(والقدر المنصرف اليه الاطلاق) اطلاق النص ، بل صريحه لقوله عليه السلام : [في ثلثه] كما نبه عليه المستمسك .

(الوصية بالمال) سواء كان ملكاً أو حقاً كالحريم على قول من يراه حقاً لاملكاً ، لان في الحريم أيضاً الثلث .

(وأماالوصية بمايتعلق بالتجهيز ونحوه) كصلاة قضائه (ممالاتعلق له بالمال فالظاهرصحتها) لاطلاق أدلة الوصية وعدم شمول الصحيح له الابالمناط وهو غير مقطوع به ولامانع من كون صلاة القضاء وصومه وحجه ونحوذلك مستلزماً للمال ، وكذا خمسه وزكاته ومظالمه ونذوره وكفاراته وأمثال ذلك لماتقدم ، لانه من باب الاقرار ، لامن باب الوصية .

نعم، لوأوصى بالصلاة والصوم وله ولد أكبرلم يكن من باب المال ودخل في الوصية التي لابأس بها، وكذا اذا قال : فلان يطلبني، أما لواوصى بالصوم والصلاة والحج احتياطاً واستلزم المال لم يعمل به ،كمـا لاتجب على الولد

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ و ٦ .

....

الاكبر، لان الواجب عليه القضاء القطعي .

ثم انمالايسمع منهالوصية انماهوبمال نفسه لامااذاكان متبرع بعمل بوصيته لانصراف النص عنه، بل قد عرفت انه ظاهر [في ثلثه] وكذا يسمع اذا كانت الوصية تدخل المال في كيسه ،كمااذا باع بخيار وكان الاخذ بالخيار يوجب رجوع المبيع اليه ممايكون أربح من الثمن، لان ظاهر النص أوصريحه مايخرج المال،ولافرق في عدم نفوذوصيته ان يقبل الوصي لها، أو لا لان الشارع لم يحترم هذه الوصية فلاينفع قبول الوصي في احترامه، وكذا تقبل وصيته بالنسبة الى أولاده الصغار بجعل القيم عليهم ، لانه ليس بمال، ولو كان كافراً فجرح نفسه بمايهلكه، ثم أسلم فهل تقبل وصيته ؟ لايبعد ذلك لجب الاسلام عماقبله،(١) ولو انعكس قبلت أيضاً، اذا كان الكافر من دينه ذلك لقاعدة الالزام(٢)، ولافرق بين كون الجارح ذا عشرسنين أو بالغـاً لاطلاق الدليل ، كما لافرق بين ان يعلم حرمة القتل أو لا ؟ ولا بين ان يعلم ان الجرح المهلك يحرمه من الوصية أو لا؟ لاطلاق الدليل .

أما لو أراد انسان جرحه ـ في منازعة ـ فقال له: اجرحني تحدياً فجرحه فهل يكون من جرح الانسان نفسه في هذا الحكم أولا؟ احتمالان، من الانصراف

---

(١) بحار الأنوار : ج ٤٠ ص ٢٣٠ ـ كنز العرفان : ج ١ ص ١٦٦ .
انظر صحيح مسلم ج ١ ص ١٩٢.
(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٦٥٥ .

كما ان الحكــم مختص بما اذا كان فعل ذلك عمـداً لا سهواً أو خطاءاً وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر ، وعلى وجه العصيان لامثل الجهاد فى سبيل الله

الى المباشرة، ومن وحدة المناط .

(كماان الحكم مختص بما اذا كان فعل ذلك عمداً) كما قيده به الصحيح (لاسهواً أو خطاءاً) أواكراهاً أو اضطراراً، لعدم صدق متعمداً ـ كمافي النص ـ ولرفع المذكورات .

(وبرجاء ان يموت لالغرض آخر) لقوله عليه السلام : لعله يموت ، فاذا فعل ذلك ليكون اقطع أواشل أو نحو ذلك ليستجدى الناس ، كما يفعله بعض المتسولين ثم ظهرت عليه علائم الموت لم يمنع ذلك وصيته .

(وعلى وجه العصيان لا مثل الجهاد في سبيل الله) كما يدل عليه قوله عليه السلام : في صحيح أبي ولاد فهو في نار جهنم خالداً فيها[1] . ومثل : الجهاد ما إذا أخذ في الانتحار تهرباً من محذور أهم ان قلنا بجوازه ، أو ضحى بنفسه للمشى على الالغام تفادياً عن تضرر الجيش بها ، كما يعتاد في حروب اليوم ، فلما جرح وأخذ في الموت أوصى ، وكان عمله ذلك لأجل الله تعالى .

ثم ان الحكم لايختص بالجرح، كما ألمعنا اليه،فاذا ذهب الى مكان مخوف

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ .
انظر التهذيب : ج ٢ ص ٣٩١ ـ الفروع ج ٢ ص ٢٤٩ .
الفقيه : ج ٢ ص ٢٧٥ .

وبما لو مات من ذلك ، واما اذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته بلا اشكال، وهل تصح وصيته قبل المعافات اشكال

لعله يموت خوفاً أو في برد ، أوحر ، أوشرب سماً ، أو ما أشبه كان له نفس الحكم للاطلاق ولوحدة المناط .

(وبما لومات من ذلك ، واما اذا عوفي ثم أوصي صحت وصيته بلااشكال) كمافي الجواهر والمستمسك وغيرهما لاختصاص النص بمن قتل نفسه ، فلايشمل ما اذا لم يمت ، وان كان بقصد الموت.

(وهل تصح وصيته قبل المعافات اشكال) عند المصنف، وتبعه السادة الوالد والبروجردي والجمال لسكوتهم عليه ، وان قال ابن العم : الاقوى الصحة . وسائر المعلقين اختلفوا في الموافقة والمخالفة .

وفي الجواهر : لايخلو من نظر مع فرض عدم تجدد انشاء تمليك ، ولذا لو نساها ولم يجددها لم تنفذ على الاقوى ـ انتهى .

والاقوى الصحة لما ذكره المستمسك وغيره من ان الدليل مختص بما اذا مات بذلك السبب، فلايشمل مالو عوفي ثم عرضه سبب آخر فمات به ، وان كان قد نسي الوصية .

والحاصل : ان الدليل خاص بما اذا مات بذلك ، فاطلاق أدلة الوصية شاملة له ، واذا مات بعد الجرح ونحوه ولم يعلم هل انه مات به أوعوفي ومات بسبب آخر؟ قبلت ، لعدم العلم بالموضوع، فاطلاق أدلة الوصية محكمة ، ولو علم بجرح مميت ووصيته ولم يعلم السابق منهما قبلت للاطلاق بعد عدم احراز الموضوع فتأمل .

ولا يلحق التنجيز بالوصية هذا ولو أوصى قبل أن يحدث فى نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته وان كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها للصحيح المتقدم مضافاً الى العمومات .

ويمكن تصور الاقتران ، ولو أوصى له فضولي ـ كما سيأتي ـ وبعد الجرح اجازها لم تنفع ، لان العرف يراها وصيته له في هذا الحال ، اللهم الا ان تبنى المسألة على الكشف والنقل فتصح على الاول دون الثاني ، ولو كان سببان لقتله أحدهما من نفسه فالظاهر عدم بطلان الوصية ، لان من قتل منصرف الى السببية الكاملة ، وليس هنا كمال سبب وان كان جرحه نفسه قاتلا بنفسه ان كان وحده ، وبذلك يعرف حال الفروع التي ذكرناها أول المسألة .

ولو شرب سماً يقتله خمس سنوات مثلا ، فالظاهر عدم شمول الدليل له لانصرافه عنه ، وان كان قاتل نفسه ، وعليه اثم قتل النفس ، ولا حكم فيما لم يسبب القتل ، وان سبب شللا أو نحوه .

(ولا يلحق التنجيز بالوصية هذا) لعدم صدق الوصية عليه ، والمناط غير معلوم ، ولذا أفتى به الجواهر والمستمسك ، وسكت عليه كافة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم ، ولو وصى ونفذه الوارث لم يكن محرماً عليه ، اذ لا دليل على الحرمة ، وانما الدليل على عدم نفوذ الوصية

(ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته) وذلك لاطلاق دليل الوصية بعد عدم شمول الصحيح له (وان كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها) وذلك (للصحيح المتقدم مضافاً الى العمومات) .

....

ولو ضرب نفسه ضربة بقصد القتل مما يقتل لو ثنيت بضربة ثانية ووصى ثم ضرب الثانية ومات فالظاهر انه ليس مما يكون القتل قبل الوصية فلا يشمله الدليل، ولو شك في شمول الصحيح له فاطلاق صحة الوصية محكمة، ولا مجال بعد ذلك للقول بالشك في نفوذ الوصية فاصالة عدم النفوذ محكمة .

مسألة ـ ١١ ـ يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال

(مسألة ـ ١١ ـ يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال) بلا اشكال ولاخلاف ظاهر وفي الجواهر نصاً وفتوى ، بل اجماعاً بقسميه ، وفى المسالك انه محل النص والوفاق .

أقول: اللازم تقييد ذلك بما اذاكان للاب والجد ولاية على الاطفال لامثل الكافرمنهما بالنسبة الى طفل بحكم الاسلام ، ولذا قال الجواهر : الثابتةولايتهما عليهم زمن الحياة على وجه لهما الوصية بها .

وكيف كان، فالنصوص دلت على ذلك مثل رواية سعد بن اسماعيل، عن أبيه قال: سألت الرضا عليه السلام، عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم ان يأخذوا الذي لهمفيأبون عليه كيف يصنع ؟ قال عليه السلام : يرد عليهم ويكرههم عليه(1) [على ذلك، خ ل].

ورواية محمد بن عيسى، عمن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوضي وقال له: رد علي مالي لاتزوج فابى عليه(2) ـ الحديث .

وموثقة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه سأل عن رجل

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ١ .
انظر الفقيه : ج ٢ ص ٢٨٣ ـ الفروع ج ٢ ص ٢٥٣ ـ التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٥ الباب ٣٦ من أبواب الوصايا ح ١ .

مع فقد الاخر ولاتصح مع وجوده

أوصى الى رجل بولده وبماله لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، و ان يكون الربح بينه و بينهم؟ فقال عليه السلام: لابأس به من أجل ان أباهم قد اذن له في ذلك وهو حي[1].

وعن دعائم الاسلام، عن أبي جعفر عليه السلام، انه قال: اذا اذن الموضى الوصى ان يتجر بمال ولده الاطفال فله ذلك ولاضمان عليه، وان شرط له ربحاً فيه فهو على ما شرطه[2]. الى غير ذلك من الروايات.

وانما تصح وصية كل منهما (مع فقد الاخر) لانه لاولي بعده فله اعطاء ولايته للاجنبى (ولاتصح مع وجوده).

قال في الشرائع: واذا أوصى بالنظر في مال ولده الى أجنبي وله أب لم تصح، وكانت الولاية الى جد اليتيم دون الوصي، و قيل يصح ذلك في قدر الثلث مما تركه، وفي اداء الحقوق.

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه في الجملة، بل الظاهر الاجماع عليه، ثم قال المتجه بناءاً على ذلك صحة الوصاية على مثل ذلك وليس معارضاً لولاية الجد.

أقول: استدل للقول الاول باصالة عدم حقه في ذلك مع وجود الاخر، و

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١

(٢) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح

....

بان الولاية كانت للاب والجد فلاتكون لغيرهما حال وجود احدهما اذالوكيل لاحق له مع وجود الاصيل .

وفي كليهما نظر، اذ مقتضى اطلاق ولاية أي منهما بضميمة مادل على ان له حق جعل الوصي ان له ذلك مع وجود الاخر أوفقده منتهى الامر انه ، اذا تصرف الولي الاصيل لا يعارضه البديل ، فاذا جعلا كلاهما ولياً وماتا كـان البديلان كالاصيلين في كون احدهما في عرض الاخر .

ومنه يعلم، انه لاوجه لسكوت المعلقين على المتن ، كما لم يعرف وجه تعليقه الوالد علىقوله : ومع فقد الاخر، بقوله : في ولاية الجد مع فقد الاب نظر، وعكسه يظهر من المستمسكقال: ذكرنا في نهج الفقاهةفي مبحث الولاية الاشكال في وجود اطلاق في دليل ولاية الاب في حال حياته فضلا عن المقام وعليه فلا مجال للتأمل فى عدم الوصية بالولايةمن الاب على الولد معوجود الجد ـ انتهى .

وحيث ان محل البحث في ذلك [كتاب النكاح] نتركه لموضعه .

أمااستدلال الجواهر لعدم الصحةمع وجود الاخر بانالولي الطبيعة الموجودة فيهمـا، و لذا لم يصح الوصية من الاب والجد له بـالولاية مع وجود الاخر و لو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولاية للاب الصادق على كل منهمـا فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولاية الاخر بموته ـ انتهى بتصرف .

فيرد عليه ان اطلاق الروايات في جعله ولياً على الطفل بعد موته لايجعل

كما لايصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعى فانه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً

مجالا لهذا التفصيل، منتهى الامران فهم العرف بحفظ الرتبة يجعل رتبة البديل بعد الاصيل، فاذا لم يتصرف الاصيل كان للبديل التصرف .

(كما لايصح ذلك لغيرهما) كسائر الاقرباء ووصي الاب و الجد ، ان لم يجعل ولياً على الاطفال (حتى الحاكم الشرعي) لانه ولي من لاولي له ، فاذا كان الاب والجد لم تصل النوبة اليه، بل وكذا اذا كان وصي أحدهما عليهم موجوداً، ثم ان الوصي المنصوب عليهم من قبل أحدهما ان اذن له في نصب غيره بعده وصياً عليهم صح له جعل الوصي، والا لم يصح، اذ لادليل على ان له هذا الحق، وهل للحاكم الشرعى جعل وصي عليهم بعد موت نفسه؟ الظاهر ان له ذلك مع المصلحة ، كما اذا لم يكن حاكم شرعي بعده ، أما اذا كان فالحق للحاكم الشرعي بعده ، كما ذكرنا وجه ذلك في اوائل [كتاب أحياء الموات] .

(فانه بعد فقدهما) فقد الوصي للاب و الجد (له الولاية عليهم ما دام حياً) .

قال اسماعيل بن سعد: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً وترك جوارى ومماليك، هل يستقيم انتباع الجوارى ؟ قال: نعم وعن الرجل يصحب الرجل في سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار و كبار ، أيجوز

وليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته فيرجع الامر بعد موته الى الحاكم الاخر فحاله حال كل من الاب والجد مع وجود الاخر

ان يدفع متاعه ودوابه الى ولده الاكابر أوالى القاضى؟ وان كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وان كان دفع المتاع الى الاكابر ولم يعلم فذهب ولم يقدرعلى رده كيف يصنع؟ قال عليه السلام: اذا أدرك الصغار وطلبوا لم يجد بدأ من اخراجه الا ان يكون بامر السلطان (١) ـ الحديث .

وفي رواية دعائم الاسلام ، عن أمير المؤمنين عليه السلام ، انه قال في حديث: والسلطان وصي من لاوصي له والناظر لمن لاناظر له (٢).

(وليس له ان يوصى بها لغيره بعد موته) لما تقدم من ان كل حاكم له حق الولاية زمن حياته، فانه مقتضى ولاية الحكام ، والا لكان الحاكم السابق قد أخذ من زمن ولاية الحاكم الثاني، لكنا قدذكرنا انه لو فعل ذلك لمصلحة كان للحاكم الثاني الرفض أو القبول .

(فيرجع الامر بعد موته الى الحاكم الاخر فحاله حال كل من الاب و الجد مع وجود الاخر) فاذا لم يكن حاكم وصل الامر الى عدول المؤمنين أو ثقاتهم لجملة من الروايات الدالة على ذلك ، فانها وان كانت مطلقة الا انها تقيد بالروايات السابقة الدالة على ولاية السلطان .

ففي صحيح علي بن الرئاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٥ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٤ من أبواب الوصايا ح ١ .

ولا ولاية في ذلك للام خلافاً لابن الجنيد حيث جعل لها بعد الاب اذا كانت رشيدة،

عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً وترك مماليك له وغلماناً و جواري ولم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد وماترى في بيعهم؟ قال عليه السلام: ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم، كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ قال: لابأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم ان يرجعوا عما صنع القيم لهم الناظر في مايصلحهم.(١)

وعن سماعة قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلابأس.(٢)

(ولا ولاية في ذلك للام) على المشهور شهرة عظيمة، بل في الجواهر بلا خلاف معتد به، وعلله بالاصل لان الاصل عدم حق لاحد في التصرف في الاخر فأن قرر الشارع متصرفاً فهو والا وصلت النوبة الى السلطان كما تقدم.

(خلافاً لابن الجنيد حيث جعل لها) الولاية (بعد الاب اذا كانت رشيدة) قال في الجواهر: وضعفه واضح، وفي المسالك وغيره انه شاذ، وفي المستمسك وغيره انه لم يعرف له موافق، كما لم يعرف له دليل.

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ١

(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ٢

وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للاطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال

أقول: ربما استدل له بقوله سبحانه: «يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور»[١] فالموهوب له له حق التصرف في الموهوب ـ عقلا وشرعاً ـ وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: وان امراك ان تخرج من اهلك ومالك فافعل، و بقوله سبحانه: «وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»[٢] والاولوية تعطي الولاية.

وبما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه‌السلام، عن الصبي يزوج الصبية؟ قال: انكان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار اذا أدركا بعد ذلك [٣]

وفي الكل مالايخفى بعد ورود الادلة الخاصة في كتاب النكاح بعدم ولاية الام، وأبواهما في الحديث يراد به أب الولد وأب البنت، وقدذكرنا تفصيل الكلام فيذلك في [كتاب النكاح] من الشرح فراجع.

(وعلى ماذكرنا فلوأوصى للاطفال واحد من أرحامهم أوغيرهم بمال) أو

---

(١) الشورى: آية/٤٩.

(٢) الأنفال: آية/٧٥.

(٣) الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٩ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٨٤.

وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لم يصح، بل يكون للاب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما، نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم

بعناية ورعاية (وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم) في صورة عدمهما، اذ لاولاية للحاكم مع وجود احدهما (لم يصح) كما نص عليه الشرائع وغيره، وذلك لانه لايحق لاحد ان يتصرف في الصغار غير الولي، فمعنى جعل ولاية التصرف في الاموال لهم الى غيرهم تبعيد ولاية الولي الشرعي، وذلك غير مأذون فيه شرعاً.

ثم اذا قبل الولي صح وان لم يقبل فان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب صحت أصل الوصية وصار بيد الولي دون الوصي، وان كان على نحو وحدة المطلوب بطلت بالنسبة الى هذا الموصى له، وهل يصح بالنسبة الى مورد مشابه اذا كان ارتكاز عرفي، كما في الوقف وورد في موارد من أبواب الوصايا؟ الظاهر الثاني، ولايخفى انه فرق بين تعدد المطلوب، وبين الارتكاز، حيث ان الاول يصرف فيه الى نفس الطفل، لكن بيد وليه الثاني يصرف فيه الى موضع مشابه.

نعم، اذا علم عدم ارتكاز الموصي تبطل الوصية أيضاً ومن ذلك يظهر عدم وجه لاطلاق قوله: (بل يكون للاب والجد مع وجود أحدهما) أو وصي أحدهما (و للحاكم مع فقدهما،) وفقد وصيهما، اذ قد عرفت البطلان في بعض الصور.

(نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو

من غير أن يملكهم يمكن أن يقال بصحته وعدم رجوع أمره الى الاب والجد أوالحاكم .

علي أن يصرفه عليهم) بعد بلوغهم (من غير أن يملكهم يمكن انيقال بصحته) بل اللازم القول بالصحة، ولذا قال الوالد : بلهو الاقوى لاطلاق الادلة بعد ان لميكن فيذلك مزاحمة للاب والجد.

وبذلك يظهر، عدم وجه لتردد الجواهر قال: ففى تسلط الاب حينئذاشكال من عدم ملكيتهم للمال فلاتسلط لوليهم عليه ومن كونه حقاً لهم والوليمسلط عليهكالمال، وقد يفرقبين الاول والثانى ولعل الاولأقوى، ولذاقالالمستمسك بل هوالاقوى لان الوصية تكون بالولاية على مال الموصى لامال الطفلوليس هناك حق للطفل كي يكون تحت ولاية وليه.

أقول: بل وانكان حقاً له، كما يؤيده انه اذا أراد الوصى الخيانة حق له بنفسه ـ اذاكان مميزاً، وقد ذكرنا فى[كتابالقضاء] حق المميز فى الدعوى ـ أو بوليه اذا كان غير مميز ، الشكاية عند الحاكم للحيلولة دون الخيانة ، اذ لولا الحق لميكن له ذلك ، لكن ان مثل ذلك خلاف ولاية الولي غير ظاهر الوجه، ثم انكانت الوصية للطفل غير سبب للتصرف فيه صحت ، كما اذا وصى بصرف المال فى تبريد أوتحرير غرفة الاطفال الذين يدرسون فيها صيفاً وشتاءاً أوتبليط الشارع الذي يمشون عليه. أوماأشبه ذلك .

(وعدم رجوع أمرهالى الاب والجد أوالحاكم) ثمالظاهر صحة انيوصى بافراغ ذمة الطفل اذاكان مديوناً وان لميرض الولي، اذ الابراء ايقاع لاطرف

. . . .

له، ولذا يقولون بجوازه بالنسبة الى الكبير وان لم يرض، وكأنه لان الناس مسلطون على أنفسهم (١) لايشمل مثل افراغ ذمته فتأمل.

---

(١) البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ (طبع مؤسسة الوفاء . بيروت).

فصل
فى الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائى محلل من عين أو منفعة أو حق قابل للنقل

(فصل
في الموصى به)

مسألة (تصح الوصية بكل مايكون فيه غرض عقلائى)لانصراف الادلةعن ماليس فيه غرض عقلائي، ولوكان شيء فيه غرض عقلائى فى زمان دون زمان أومكان دون مكان،كان لكل زمان ومكان حكمة (محلل) اذلو كان للعقلاء غير المتشرعة غرض كالخمروالخنزير لم يصح شرعاً اذ الأدلة الشرعية لاتشمله(من عين أومنفعة) كاجرة الدار (أوحق قابل للنقل،) الى الموصي له، اذربما يكون الحق غير قابل للنقل اليه، وانكان قابلا للنقل الى غيره مثل حق الخيار فى الارض ان قيل بانالزوجة، كما لاترث الارض لاترث خيارها، وفي غيرالوصية أيضاً، قد يقبل الحق النقل الى شخص دون شخص مثل حق القسم، حيث انه قابل للنقل الى زوجة اخرى للرجل لاغيرها.

ولا فرق في العين بين أن تكـون موجودة فعلا أو قوة فتصح بمـا تحملـه الجارية أو الدابة أو الشجرة وتصح بالعبد الابق منفـرداً ولو لم يصح بيعه الا بالضميمة ولاتصح بالمحرمات كالخمر

(ولافرق في العين بين أن تكون موجودة فعلا أوقوة) لاطلاق أدلة الوصية (فتصح بما تحمله الجارية أوالدابة أوالشجرة) كما نص عليه الجواهر وغيره، والظاهـر انه لا فرق بين ملكه للشجرة ونحوها أو لا ؟ بل قـال : بانه يوصي بثمر شجره الذي يشتـريه، اذ هو امر عقلائي والشارع اطلق ، ولا انصراف قطعي عنه، وبذلك افتى جامع المقاصد قال: لوأوصى بما يتجدد له تملكه، و لوعلى وجه الندرة، كما يتـجدد له بشراء أوهبة وارث ونحو ذلك صح، لان وجود ذلك ممكن، وقد قدر ان الشرط امكان وجوده وتبعه المستمسك، وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين وجدت كلماتهم.

ثم انه ربمايؤيد ماذكراه صحة الوصية بالثلث بلااشكال مع انالمال كثيراً مايزيد أويوجد مما لميكن له أصل حال الوصية.

أمااحتمال عدم الصحة للاصل، ولانه كبيع ماليس عنده ولعدم العلقة المصححة لصدق الوصية ولانه كيف يوصي بمالاسلطنة له عليه، فيرد عليها انالاصل لايقاوم الاطلاق والقياس ممنوع ولادليل على لزوم العلقة أو السلطنة حالا .

(وتصح) الوصية (بالعبد الابق منفرداً) للاطلاق فلاوجه لقياس الوصية بالبيع (ولـو لم يصح بيعه الا بالضميمة) للدليل الخاص ، والمناط محتمل لامقطوع به .

(ولاتصح) الوصية (بالمحرمات) في الجهة المحرمة (كالخمر) لشربها أو

والخنزير ونحوهما

استعمالها في المحرم (والخنزير ونحوهما) لاكله، أمالو كانت الوصية للمحلل من منافعها فلابأس ، أما المستثنى منه فلان المحرم غيرقابل للمالك ، بل والمناط في ان الله اذاحرم شيئاً حرم ثمنه، ولذا اطبق الاصحاب على عدم صحة الوصية بهما .

وأما المستثنى فلان غير المحرم من المحرم مثل استعمال شعر الخنزير فى الحبل ، وجلده في السقاء ، وشحمه فى طلى الاجرب من الحيوانات وجعل لحمه سماداً ، أو أكلا للحيوانات ، ومثل استعمال الخمر في سقي الشجر ـ ممالا دليل على تحريمه ـ أوما أشبه ذلك ، حيث لادليل على حرمته ، بل دل الدليل على حليته يشمله اطلاق أدلة الوصية، وبهذا افتى المستمسك فقال : انها تصح الوصية بها على وجه التخصيص اذاكانت لها فائدة نادرة ، وان لم تصح على وجـه التمليك ، والظاهر ان فتوى الاصحاب مبنية على ملاحظة الفائدة المحرمة .

أقول: ومن ذلك يعرف صحة الوصية بالادوية ، ولوكانت محرمة لانها لها فوائد عقلائية لم يمنع عنها الشارع، بل قدورد مامن شيء حرمه الله الاوقدأحله لمن اضطراليه .[1] ومن ذلك يعرف ، لزوم القول بالاستثناء المذكور فى آلات اللهو والصلبان والاصنام ونحوها .

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ح ١ .

ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائى كالحشرات وكلب الهراش ، وأما كلب الصيد فلا مانع منه ، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع ، وان قلنا بعدم مملوكية ماعـدا كلب الصيد

فقول المصنف: (ولا بآلات اللهو) يلزم ان يراد به المستثنى منه (ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي) الظاهر ان الثاني عطف تفسيرى للتلازم غالباً بين النفع والغرض العقلائى .

نعم ، قد يكون غرض عقلائى بما لا يسمى نفعاً ، كما اذا كان الغرض الاقتناء للجمال أو نحوه، وانما لا تصح الوصية بذلك لعدم ما يستوجب الملك أو الاختصاص فاطلاق أدلة الوصية لا يشمله بعد ان المنصرف عنه غير ذلك ، وعليه فالوصية بها مثل عدم الوصية فى عدم الاثر .

أما مثال المصنف بقوله : (كالحشرات وكلب الهراش) فهو تبع للمشهور الغالب فى المثالين ، اما اذا كان لهما نفع أو غرض عقلائى كالاقتناء فلا ينبغى الاشكال فى صحة الوصية بهما لاطلاق أدلة الوصية .

(وأما كلب الصيد فلا مانع منه) بلا اشكال ، وان كان نجساً للنفع والغرض العقلائي فيه .

(وكذا كلب الحائط) مما يحفظ البستان والدور والخيام ونحوها (والماشية) الحافظ للاغنام ونحوها (والزرع) الحافظ للمراعى والمزارع ونحوها، وكذا كلب الاجرام المتعارف فى الزمان الحاضر (وان قلنا بعدم مملوكية ماعدا كلب الصيد) وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى باب الديات عند ذكر دية هذه

اذ يكفي وجود الفائدة فيها

الكلاب ، وذلك لانه لاتلازم بين صحة الوصية وبين المملوكية ، وانما الادلة شملت الوصية العقلائية مما لم ينه عنه الشرع والوصية بهذه الكلاب عقلائية ولم ينه الشارع عنها .

(اذ يكفي وجود الفائدة فيها) المراد بها ما يكون عقلائية ، والا فلاشيء الاوفيه فائدة ، كما لايخفى .

قال في القواعد : ولو أوصى بالخمر والخنزير وكلب الهراش وطبل اللهو لم يصح ، ولو أوصى بما ينتفع به في ثان الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالاقرب الجواز ، وكذا لو أوصى بالزبل.

وقال في مفتاح الكرامة : كما صرح بالاول جماعة في الطبل والعود واكتفى بالثاني جماعة فيهما أيضاً .

أقول : الطبل والعود وما أشبه اذا أوصى بهما باعتبار الخشب ونحوه ، حيث يكسره الموصى له وينتفع بخشبه ونحوه لم يكن به بأس، اذ تلك لايخرج عن المالية .

نعم ، قد ذكرنا في [كتاب الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر] انه اذا توقفا على تلف ذلك جاز ، مثل ان يحرق الطبل والصليب ، كما يجوز خرق زق الخمر مع ان الزق له مالية فراجع .

ثم قال مفتاح الكرامة : في الخمر المحترمة والجرو الخ كما هو في جامع المقاصد ، وهـو الاصح ، كما في الايضاح وبه جزم فـي الدروس والمسالك

ولاتصح بما لايقبل النقل من الحقوق كحق القذف ونحوه

والروضة والقول بعدم الصحة فيهما ليس بشيء ومستنده ان الوصية تمليك وهو ممتنع هنا .

أقول : أولا : لادليل على عدم صحة تمليكهما ، ولذا جزم بعضهم بصحة تمليكهما .

وثانياً: لادليل بين عدم صحة التمليك وعدم صحة الوصية ،كما تقدم فاطلاق الوصية شامل لهما .

و ممـا تقدم يظهر وجه النظر في محكى التحرير من عدم صحة الوصية بالجرو، كما انه ظهر وجه النظر في قول القواعد: ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر شرائه ان منعنا بيعه مطلقاً، اذ فيه: عدم التلازم وامكان ان يأخذه من الشارع ونحوه .

ثم ان اطلق اعطائه كلباً جاز للوارث ان يشتري أي الكلاب المفيدة .

قال في مفتاح الكرامة: قد صرح بصحة بيع الكلاب الاربعة في خمسة و عشرين كتاباً، وقد حكى على صحة بيع كلب الصيد ستة اجماعات والاخبار مستفيضة .

(ولاتصح) الوصية (بما لايقبل النقل من الحقوق) اذلاينتقل فكيف يوصى به، كما اذا أوصت المرأة حق قسمهـا لجارتها ، هذا مع الغض عن ان هذا الحق لايبقى بعد موتها .

أما قول المصنف: (كحق القذف، ونحوه) فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيه في [كتاب الحدود] فراجع .

وتصح بالخمر المتخذة للتخليل ولا فرق فى عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون الموصى والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لان الكفار أيضاً مكلفون بالفروع،

(وتصح) الوصية (بالخمر المتخذة للتخليل) أو لغيره من الفوائد المحللة كالتعقيم ، وكما اذا اضطر الى شربها لدواء أو عطش أو نحو ذلك .

(ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر و الخنزير بين كون الموصي و الموصى له) ملتزمين بالدين من المسلمين المحرمين لهما، وعدم ذلك لاطلاق ما تقدم من عدم صحة الوصية بهما .

نعم، لو كانا (مسلمين) يريان حلية قسم من الخمر كالنبيذ (أو كافرين) يريان الحلية (أو مختلفين) مسلم وكافر يريان الحلية، صحت الوصية لقاعدة الزموهم بما التزموا به .

نعم، لو كان أحدهما مسلماً لايرى الحلية؟ أو كافراً كذلك لم تصح الوصية و ان كان طرفه مسلماً أو كافراً يرى الحلية، لاطلاق ما تقدم من دليل المنع ، حيث ان الموصى لو كان يحرم لم تصح وصيته ، والموصى له لو كان محرماً لم تصح الوصية له، وان كان الطرف الاخر محللا، لان الوصية قائمة بالطرفين كالبيع الذي لايتم اذا كان أحد الطرفين اجتهاداً أو تقليداً يرى عدم صحته .

ومنه يعلم، ان قول المصنف بعدم الصحة غير ظاهر الوجه، وان علله بقوله (لان الكفار أيضاً مكلفون بالفروع) اذ تكليفهم بالفروع عقاباً لاينافي اقرارهم على دينهم من باب قاعدة الالزام .

نعم هم يقرون على مذهبهم ، وان لم يكن عملهم صحيحاً

ولايخفى نوع تدافع بين قوله: هذا،وبين قوله:(نعمهم يقرون على مذهبهم[1] وان لم يكن عملهم صحيحاً) اذلازم اقرارهم على مذهبهم القول بصحة وصيتهم فيما بين أنفسهم ، ولو أوصى الكافر المحلل مسلماً محرماً ان يدفع خمره الى كافر يحلل أيضاً، فهل يصح للمسلم تسليمها اليه؟ احتمالان الصحة،لان الوصي لاربط له بالحرام، والعدم، لان كل انواع التقليب في الخمر محرم ، و مثله ما لو أوصى المجوسي ان يزوج بنته من ابنه، لكنا ذكرنا في بعض كتب[الفقه] ان مقتضى القاعدة انهم اذا جائوا الينا يريدون نكاح الاخ بالاخت جاز لنا النكاح ، وقد ذكرنا شيئاً من تفصيل المسألة في [كتاب القضاء] فراجع .

قال في القواعد: وتنفذ وصية الكافر الابخمر وخنزير للمسلم، وفي الذمي اشكال، أو عمارة كنيسة، أي تنفذ وصيته الافي عمارة الكنيسة ، نعم، المحكي عن الدروس الجزم بصحة وصية الذمي ، وعن جامع المقاصد انه الاصح .

قال في مفتاح الكرامة : وقد قرب المصنف في باب الوقف من الكتاب صحة وقف الكافر الخمر والخنزير على مثله و جزم به في الدروس ، وجامع المقاصد ، لكن عن الايضاح انه ابطل الوقف ، و الوصية من الكفار في كلا البابين .

ثم ان قلنا بانه لايجوزلهم احداث الكنيسة، كما ذكرناه في[كتاب الجهاد] لم تصح وصيته بعضهم بذلك في بلاد الاسلام .

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ و ٦ .

ولا تصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير اذا أوصى لنفسه

نعم، تصح في بلاد الكفر، والظاهر انه يجوز ان يبني الكافر لها في بلادهم كما يصح ان يرممها في بلاد الاسلام ، حيث يجوز لهم ترميم الكنيسة ، ثم ان ما عدا الكتابي في بلاد الاسلام تنفذ وصيته فيما يعتقد بصحته، وان كان حراماً عندنا، وقد ذكرنا في [كتاب الجهاد] و غيره ان الكافر لايجبر على الاسلام ، أو السيف ، بل يبقى على دينه ان قبل شرائط الزمة ، و ان كان دينه الشرك ، ولذا لم يجبر الرسول صلى الله عليه وآله و سلم المشركين على الاسلام لافي بدر ، و لافي مكة ، و لافي غيرهما فقوله سبحانه : «لااكراه في الدين»(١) شامل للكل .

نعم ، لاتصح وصيته الكفار ، ولو الكتابي منهم بما لايجوزه الاسلام ، مثل الوصية بنشر كتبهم في بلاد الاسلام مما يوجب الاضلال ، الى غير ذلك .

(ولاتصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير اذا أوصى لنفسه) كما اذا قال :اذا مات انا فادفعوا من مال زيد عشرة دنانير لعمرو مثلا، وذلك لانصراف أدلة الوصية عن مثل ذلك .

وعلله في المستمسك بقوله : بانه تعليق التمليك على موت نفسه فيكون التعليق مبطلا للانشاء، لكن تنظر فيه ابن العم وبعض المعلقين الاخرين، والظاهر الصحة، لان انصراف أدلة الوصية عنه غير ظاهر الوجه، والتعليق في مثل الوصية

---

(١) البقرة : آية/٢٥٦ .

نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمل صحته اذا أجاز .

غيرمبطل، بل مثل ذلك عقلائي، فاذا قال الوالد: اعطوا من مال ولدي الاكبر عشرة لخادمي اذا مت انا وقبل الولد الاكبر كان اللازم صحةالوصية، ويشمله دليل لزوم تنفيذ الوصية ، ولاحاجة حينئذ الى القيد الذي ذكره الشيخ ضياء الدين العراقي بقوله: بل يمكن تصحيحه بالغاء قيد لنفسه .

(نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمل صحته اذا أجاز) لاطلاق دليل الفضولي بعدكون ذلك مشمولا لاطلاق دليل الوصية .

قال في المستمسك: فكما ان الانسان اذاباع مالغيره فاجاز المالكصحت نسبة البيع الى المجيز كذلك في المقام .

أقول : ومن المتعارف ان يوصي الانسان عن بعض العوام ، فاذا أراهـا له قبلها، ولذاكان اللازمالفتوى بالصحة وأفتى بذلك غير واحد منالمعلقين .

نعم، اشكل بعضهم في نفوذها، بناءاً علىان الوصية ايقاع، وان الاجازة لاتدخل في الايقاع، وبذلك ظهران الصور عبارة عن انيوصي انه اذا مات، أوزيد اذا مات ، وعلى كل يعطي من مال نفسه، أومال زيد، لعمرو .

مسألة ــ ١ ــ يشترط فى نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه فلو كانت بأزيد بطلت فى الزائد

(مسألة ـ ١ ـ يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد) سواء في المال أو في المنفعة أو في الحق ، وسواء يمكن تفكيك الثلث أم لا ؟ مثل ان يوصي بعين داره ، أو بمنفعتها ، أو بحق التحجير وحق الحريم، اذا قلنا انه حق، وليس بملك، على ماذكرناه في [كتاب أحياء الموات] وممكن التفكيك كصبرة الحنطة وثلاثة دنانير وماأشبه، وغير ممكنه ، كما اذا كان له حيوان غير قابل للتبعيض عيناً، وان امكن الاشتراك فيه أو بيعه للتجزئة .

وكيف كان، فالحكم مما لاخلاف فيه ولااشكال وفي المسالك الاخبار به متظافرة، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه، وفى مفتاح الكرامة: ان عباراتهم بهذا الشرط طافحه، وان اجماعاتهم به مستفيضة .

أقول : ويدل عليه اخبار كثيرة ففى رواية محمد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام، في رجل أوصى بأكثر من الثلث واعتق مماليكه فى مرضه؟ فقال: ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق.[1]

ورواية حمران ، عن أبى جعفر عليه السلام، فى رجل أوصى عند موته ؟ وقال : اعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة نظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة المماليك الخمسة التى أمر بعتقهم؟ قال : ينظر الى الذين سماهم وبدا بعتقهم

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٥ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ٣ .

الا مع اجازة الورثة بلا اشكال

فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثانى والثالث ثم الرابع ثم الخامس ، فان عجز الثلث كان فى الذين سمى أخيراً ، لانه اعتق بعد مبلغ الثلث مالايملك فلايجوز له ذلك.[١]

وعن محمد بن مسلم، عن أبىعبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثرمن الثلث؟ قال : يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيمابقى.[٢]

وعن اسماعيل بن همام، عن أبىالحسن عليه السلام، فىرجل أوصىعند موته بمال لذوي قرابته واعتق مملوكاً وكان جميع ماأوصىبه يزيد على الثلث كيف يصنع به فى وصيته؟ قال: يبدء بالعتق فينفذه.[٣]

وعن أبيبصير، عن أبيعبدالله عليه السلام، قال: ان عتق رجل عند موته خادمأله ثم أوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم منثلثه والغيت الوصية الا ان يفضل من الثلث مايبلغ الوصية.[٤] الى غيرها من الروايات .

(الامع اجازة الورثةبلااشكال) ولاخلاف. قال فيمحكى التذكرة:اجماع العلماء على صحة الوصية بالاكثر ان اجاز الورثة ، ونقل الاجماع على ذلك

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٧ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٨ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٨ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٨ .

....

في التلخيص أيضاً ، الى غير ذلك من عباراتهم، ويدل عليه بالاضافة الى انه حقهم فلهم ان يسمحوا بالنزول عن حقهم لكونه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، حيث لم يمنع الشارع عنه جملة من الروايات :

كصحيح احمد بن محمد ، كتب أحمد بن اسحاق الى أبي الحسن عليه السلام: ان ذرة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصاً في مواضع وأوصت لسيدنا في اشقاصها بمايبلغ أكثر من الثلث ونحن أوصيائها واحببنا انهاء ذلك الى سيدنا، فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيناها، وان امرنا بغير ذلك انتهينا الى امره في جميع مايأمر به ان شاء الله؟ قال: فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها الا الثلث، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم انشاء الله[١] .

وصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في رجل أوصى بوصيته وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به؟ فقال عليه السلام: ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته[٢]. اذ الظاهر ان الكلام كان في الزائد من الثلث، والا ففي الثلث لاحاجة الى الاجازة .

ويدل على انه حق الورثة بالاضافة الى وضوحه رواية الدعائم، عن أمير

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩١ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ١ .

وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبة

المؤمنين عليه السلام، انه قال: من أوصى بأكثر من الثلث، أوأوصى بماله كله فانه يرد الى المعروف عن المنكر، فمن ظلم نفسه في الوصية وجارفيها فانه يرد الى المعروف ويترك لاهل الميراث حقهم.

ثم لايخفي ان المراد بالورثة الذين لهم الاجازة من يرث فعلا لامثل القاتل ونحوه ممن فيه موانع الارث فان اجازته لا تنفع، اذ المنصرف من الاخبار والفتاوى ذلك، كما انه لو كان شيء لبعضهم كالحبوة احتاج الامر لمن له الحبوة اذهو الوارث لها دون غيره.

أما وصية المخالف والكافر، فان كان في دينه ومذهبه المنع عن الزائد عن الثلث كان هو المتبع، والا كان اللازم اتباع مذهبه لما تقدم من قاعدة الالزام.

(وماعن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً) ولو كانت بقدر تمام المال (على تقدير ثبوت النسبة) اذفي فهم ذلك من عبارته نظر، قال ـ في محكى عبارته ـ: فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية، فان أوصى بماله كله فهوأعلم ومافعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ماأوصى، وذلك لان قوله: [فهو الغاية] ظاهر في الموافقة لفتوى العلماء، كما ان قوله: [هو اعلم] ظاهرفي صورة احتمال عذره في الوصية بالجميع بان كان مديوناً، أونحو ذلك، وسيأتي في المسألة الثالثة بقية الكلام.

وهذا التوجيه ذكره بعضهم منهم مفتاح الكرامة قال: وهذا التوجيه جار

....

في مستنده وهي عبارة الرضوي عليه السلام، ثم هنا كلمات اخر للعلماء في كلام الصدوق، منها: قول التذكرة، حيث قال في قوله: [فهو اعلم] لان قوله: لادلالة فيه على مخالفة ماافتاه، لانا لانسلم ان الموصي أعلم بما فعل .

ومنها: انه أراد بالمال الثلث ، كماصرح به الصدوق في بعض نسخ المقنع قال: بعد ان روي كلام فقه الرضا عليه السلام المال هو الثلث، لانه لامال للميت أكثر من الثلث .

ومنها : مااحتمل من حمل عبارته على صورة فقد الوارث الخاص ، كما نقل عن أبي علي، وعن المقنع .

ومنها : حمل الوصية على التصرفات المنجزة ، كما ذكره بعضهم ، الى غير ذلك .

نعم، ورد بعض الروايات على طبق الفتوى المذكورة ، مثل موثق عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال الرجل: أحق بماله مادام فيه الروح اذا أوصى بماله كله فهو جائز.(١)

وموثق محمد بن عبدوس: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لابي محمد عليه السلام، فكتب اليه، رجل أوصى بجميع ماخلف لك وخلف ابنتي اخت له فرأيك في ذلك؟ فكتب الي : بع ماخلف وابعث به الي، فبعت ، وبعثت به اليه ، فكتب الي : قد وصل.(٢)

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٣ .
الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ٦٦ .

شاذ ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة

وموثق علي بن الحسن قال: مات محمد بن عبدالله بن زرارة وأوصى الى أخي أحمد بن الحسن وخلف داراً ، وكان أوصى في جميع تركته ان تباع ويحمل ثمنها الى أبي الحسن عليه السلام ، فباعها واعترض فيها ابن اخت له وابن عم له فاصلحنا أمره بثلاثة دنانير ؟ وكتب اليه أحمد بن الحسن : ودفع الشيء بحضرتي الى أيوب بن نوح فاخبره انه جميع ماخلف، وابن عم له وأبن اخته اعترضا وأصلحنا امره بثلاثة دنانير؟ فكتب : قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب[١] .

وهذه الروايات لابد من حملها على بعض المحامل ، كمافي الوسائل[٢] وغيره بعد ان كانت الروايات السابقة أكثر عدداً وأصح سنداً، وأبعد عن الحمل وعليها الفتوى قديماً وحديثاً، حتى ان قول الصدوق على تقدير صحة النسبة (شاذ) كما ذكره غير واحد .

(ولافرق) في عدم صحة الوصية بالازيد من الثلث (بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة) لاطلاق دليل المنع ، ولو كانت العين بذاتها تساوي الثلث، أمالها اعتبار يجعلها أكثر قيمة لوحظ الاعتبار لاالذات ، كمااذا كان له قفل ومفتاحه كلاهما يساويان ستة للمفتاح اثنان ـ اذا كانا معاً ـ أما اذا فصل المفتاح عن القفل ساوى الاول أربعة، مثلا: فأوصى بالمفتاح لم يصح في

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٧ .
(٢) الوسائل : ج ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب ذيل ح ١٧ .

ولو كانت زائدة واجازها بعض الورثة دون بعض نفذت فى حصة المجيز فقط ولا يضر التبعيض، كما فى سائر العقود فلو خلف ابناً وبنتاً، وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة الا

الاثنين الزائد على الثلث، باعتبار الأجتماع، وانما يباع الاثنان ويعطى الموصى له اثنان كما لايخفى.

(ولو كانت) الوصية (زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت فى حصة المجيز فقط) بلا اشكال ولا خلاف، كما يظهر من المحقق والعلامة وشراحهما وغيرهم، فاذا كان له ولدان وكانت التركة عشرة ووصى بأربعة فاجاز احدهما كان للموصى له ثلاثة وثلثان، الثلاثة والثلث وصية والثلث الآخر اجازة من احد الولدين (ولا يضر التبعيض، كما فى سائر العقود) لان حقيقة الوصية تحلل الى وصايا متعددة.

نعم، ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا كان الموصى أوصى على نحو وحدة المطلوب ولذا قال الوالد فى حاشيته: الا اذا كانت بالمجموع من حيث المجموع ـ انتهى.

ثم ان أراد الموصى انه اذا لم يكن المجموع لم تكن وصية بطلت الوصية رأساً، وذلك فى قبال انه أراد اذا لم يكن بعض الزائد على بعض الثلث لم يصح كل الزائد، لاان تبطل الوصية، كل ذلك، لان العقود تتبع القصود.

(فلو خلف ابناً وبنتاً) كما مثل بذلك المسالك، ومفتاح الكرامة وغيرهما.

(وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة الا

ثلث من ستة ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة

ثلث من ستة) فاذا كانت التركة اثنيعشر كان للميت أربعة ، فاذا أوصى بستة، كان معناه ان [أربعة اثلاث] يخرج من كيس الابن ، و [ثلثان] يخرج من كيس البنت .

(ولو انعكس) بأن اجازت البنت دون الابن (كانله اثنان وثلث من ستة) الى غيرذلك من الامثلة .

ثم ان العلامة قال في القواعد: ويستحب التقليل فالربع أفضل من الثلث والخمس أفضل من الربع وهكذا ـ انتهى .

وقال في مفتاح الكرامة : ان ظاهره ان التقليل مطلقاً أفضل ، كما هو صريح التحرير والتلخيص والدروس ، وهو ظاهر المهذب والحواشي وفقه الراوندي، وقديفهم من كلام المبسوط، وظاهرالدروس استحباب الاقلال نص عليه علي عليه السلام .

وقال في الحواشي : ان في خبرسعد ايماء الى ان الوصية بالاقل أولى .

أقول : لكن عن جامع المقاصد ليس في النصوص مايشهد ان التقليل مطلقاً أفضل .

أما خبر سعد ، ففي المستدرك ، عن حواشي الشهيد على القواعد ، عن سعد قال : مرضت مرضاً شديداً فعادني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لي : أوصيت ؟ قلت : نعم ، أوصيت بما لي كله للفقراء و في سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلىالله عليهوآله وسلم : أوص بالعشر ؟ فقلت : يارسول الله ان مالي كثير،وذريتي اغنياء فلم يزل رسول اللهصلىاللهعليهوآله وسلم يناقصني

....

واناقصه حتى قال : أوص بالثلث والثلث كثير .[1]

أقول : وقد احتمل بعضهم [يناقضنى] بالضاد المعجمة لاالمهملة .

وكيف كان ، فلادليل على الاطلاق المذكور ، بل اللازم الوصية بمالايعد جنفاً عرفاً وبالمعروف لانهما ذكرا في النص وهما عرفيان فقديكون ذلك كذلك وان جعل تسعة اعشار للورثة ، وقد لايكون ذلك خلاف المعروف الااذاجعل الثلث للخير بل قديكون الامر يتطلب العطا ، قبل موته والوقف والصلة والبر ونحو ذلك .

كمافعله علي عليه السلام باملاكه،[2] حيث أوقفها فانه وانمالم تصح الوصية بأكثر من الثلث لانه لضرب القاعدة لاستقامة القانون ، كما ذكرناه في بعض مباحث [الفقه] والاول مثل ان يوقف تسعين بالمأة مثلا ، كما اذا كان له مليون وكان له وارث واحد يكتفى بأقل من مأة ألف في كل عمره .

ويؤيد ما ذكرناه من ان الملاحظ عدم الجنف مارواه السكوني، عن جعفر ابن محمد ، عن أبيه عليهما السلام ، قال علي عليه السلام : ماابالي اضررت بولدي أوسرقتهم ذلك المال .[3]

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٩ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٠٤ الباب ٦ من أبواب الوقف ح ٤ و ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ .

....

وفي رواية اخرى ، عن عبدالله بن مغيرة مثله ، الا انه قال : اضررت بورثتي .[(١)]

وفي رواية اخرى ، قال علي عليه السلام : من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به في حياته .[(٢)]

كما انه يؤيد ان يتصدق قبل الموت ما رواه جابر ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله (ص) : من ختم له بلا اله الا الله دخل الجنة ومن ختم له بصيام يوم دخل الجنة ، ومن ختم له بصدقة يريد بها وجه الله دخل الجنة .[(٣)]

وكيف كان ، فيدل على التقليل في الوصية في الجملة ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام ، يقول لان أوصى بخمس مالي أحب الي من ان أوصى بالربع ، ولئن أوصى بالربع احب الي من ان اوصى بالثلث ومن اوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ .[(٤)]

وعن حماد بن عثمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة ، والوصية بالربع والخمس أفضل من الوصية بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك حقاً له[(٥)] [اضر] أي فعل خلاف الافضل ، و [لم يترك]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام ذيل الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٨ الباب ٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ .

....

أي مجالا للوصية بالاكثر ، لان الثلث غاية مايجوز له .

وعن السكوني ، عن جعفربن محمد، عن أبيه عن آبائه عليهم السلام ، قال قال علي عليه السلام: الوصية بالخمس ، لان الله عزوجل قدرضى لنفسه بالخمس وقال : الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف .(١)

أقول: المراد بالحيف خلاف الافضل، والتمثيل بخمس المال لانه يعرف من جعل الله ذلك انه حسب العدل بين المحترف ، وبين حق الفقراء ونحوهم ولايخفى ان كون الثلث خلاف الافضل انما هو فيمالم يكن مقتضى الفضل ذلك ـ كما ذكرنا ـ والا كان الافضل الثلث.

وقد روي عبدالرحمان بن الحجاج قال : سألت أباالحسن عليه السلام ، عمايقول الناس في الوصية بالثلث والربع عند موته أشيء صحيح معروف أم كيف صنع ابوك عليه السلام ؟ قال: الثلث ذلك الامر الذي صنع أبي رحمه الله(٢) الى غيرها من الروايات .

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦١ الباب ٩ من أبواب الوصايا ح ٣ ـ الفقيه ج ٢ ص ٢٦٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٢ الباب ١٠ من أبواب الوصايا ح ٣ ـ الفقيه ج ٢ ص ٢٨٧ . .

مسألة ــ ٢ ــ لايشترط في نفوذها

(مسألة ـ ٢ ـ لايشترط في نفوذها) أي الوصية بالثلث حجم الاعيان، بل قيمها لانها المنصرفة من الادلة، فاذا وصي بدار له ألف ذراع وله داران اخريان كل واحدة مأة ذراع، و كانت قيمة الدار الموصاة ثلث قيم المجموع صحت الوصية .

ومنه يعلم، صحة الوصية بالافضل اذا كان عنده فاضل ومفضول ، كما اذا كان له ثلاث حقق ونصف من الحنطة كانت قيمة حقة منها ـ وهي أفضل ـ تساوي ثلث قيم الجميع جازت له الوصية بهذه الحقة، ولاحق للورثة في المقامين من الامتناع .

كما يعلم مما ذكر ، ان اللازم القيمة في الخارج ، وان كانت حاصلة من ضم البعض الى البعض مثلا، كان له ديناران ومصراعاً باب قيمته خمسة ، بينما أربعة من هذه الخمسة قيمة الانضمام بحيث لو تفرقاً كانت قيمة كل واحد نصف دينار، فانه لاحق له في الوصية بالمصراعين حتى وان وصى باعطاء زيد مصراعاً و عمرو مصراعاً ، حيث الذي يصل الى الموصى له بقيمة دينار فقط ، اذ انه بوصيته اتلف بعد موته أربعة وأوصل واحداً وهو ثلث مجموع ما عنده .

ولو انعكس بان وصى بماله قيمة ثابتة وترك لاولاده ما قيمته تزيد وتنقص بالاجتماع والافتراق جاز أيضاً، فانهم حيث لم يتقدموا من التقسيم لخسارتهم بالافتراق تمكنوا من تبديل العين الى القيمة حتى لاتكون خسارة ، وكذلك لايشترط ان يكون الثلث من الجميع حجماً ، بل له ان يجعله في شيء خاص لاطلاق النص والفتوى .

قصد الموصى كونها من الثلث الذى جعله الشارع له فلو أوصى بعين غير ملتفت الى ثلثه وكانت بقدره أوأقل صحت

ثم ان المعتبر حال وجود الأعيان وان امكن الزيادة والنقيصة بنقل العين من مكان الى آخر مثلا كان له ثلاث صبر كل صبرة مأة أحداها في النجف ، والاخرى في كربلاء، والثالثة في الكاظمية، قيمة الاولى مأة، والثانية سبعين والثالثة عشرة، فان له ان يوصي بقدر ستين عيناً أو قيمة، فاذا أراد ان يوصى بعين ما في النجف أوصي بستين مناً، وان أوصى بما في كربلاء أوصى بخمسة وثمانين وخمسة اسباع، وان أوصى بما في الكاظمية أوصى بكل الامنان، ويتمكن بالاضافة اليها الى الوصية بما يعادل خمسين ديناراً، سواء من امنان النجف، أو امنان كربلاء، أو امنانهما معاً، ويعرف ذلك بالاربعة المتناسبة بان يقال: اذا كان مأة من بمأة دينار كان ستون مناً بستين ديناراً، واذا كان مأة من بسبعين ديناراً كان خمسة وثمانون مناً وخمسة اسباع من بستين ديناراً، واذا كان مأة من بعشرة دنانير كان يبقى له خمسون الى آخره .

ثم انه لايشترط في نفوذالوصية (قصدالموصي كونها من الثلث الذي جعله الشـارع له) لعدم الدليل على ذلك القصد بعد اطلاق الادلة، ولذا صرح في الجواهر وغيره بعدم الاحتياج اليه .

(فلو أوصى بعين غير ملتفت الـى) قدر (ثلثه و كانت) تلك العين (بقدره أو أقل صحت) كما انه اذا أجـاز الورثه صح الزائد اجازة ، و قدر الثلث اصالة .

ولو قصد كونها من الاصل أو من ثلثى الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً بطلت مع عدم اجازة الورثة ، بل وكذا ان اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلا لان الوصية المفروضة مخالف للشرع وان لم تكن حينئذ زائدة على الثلث ،

(و لو قصد كونها من الاصل) بان يكون ثلث ما أوصى به من ثلثه ، و ثلثاه من ثلثي الورثة (أو) ان كل ما أوصى به (من ثلثي الورثة و بقاء ثلثه سليماً) .

وبين المصنف كيفية بقاء ثلثه سليماً بقوله: (مع وصيته بالثلث سابقاً)على هذه الوصية (أو لاحقاً بطلت) الوصية في ثلثى الثلث عند [قصده كونها من الاصل] وبطلت في كل الوصية عند [قصده كونها من ثلثى الورثة] .

(مع عدم اجازة الورثة) وانما تبطل الوصية في ثلثيها، أو في الكل،لان الوصية كما تقدم عقد أو ايقاع وكلاهما يحتاج الى القصد حتى يصح كونه عقده أو ايقاعه فبدون القصد لاتصح .

(بل وكذا ان اتفق أنه لم يوص بالثلث اصلا لان الوصية المفروضة مخالف للشرع،) حيث جعل الشارع الوصية من ثلث الاصل، لامن ثلثى الورثة (وان لم تكن)الوصية (حينئذ) حين أوصى بالثلث فقط (زائدة على الثلث)اللهم الا ان يقال: ان الشارع لم يأذن في الوصية بالزائد على الثلث، وهذا لم يوص بالزائد فتصح الوصية و يلغو قصده .

قال في المستمسك: اللهم الا ان يقال : حمل الاصل على ما يقابل الثلث لايمنع من صحة الوصية من الاصل لان ثلثيها، وان كانا من ثلثى الورثه لكن

نعم لو كانت في واجب نفذت

لما لم يكن وصية من الميت بالثلث فثلثه فرضي - يعني على تقدير الوصية به - وكذلك الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور ولا دليل على بطلان الوصية من ثلثي الورثة اذا كانا فرضيين لا غير فما دام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته من ثلثي الورثة حينئذ اذا لم تزد على الثلث ويتم ماذكره في الجواهر - انتهى .

و لهذا أشكل جماعة من المعلقين على بطلان الوصية في ثلثيها أو في كلها .

و منه يعلم حال ما اذا قصد بالوصية ان يكون المال من حصة أحد الورثة مثلا، حيث تبطل ان قلنا بمقالة المصنف ، وتصح ان قلنا بمقالة الجواهر .

(نعم لو كانت في واجب نفذت) لان الوصية تنفذ اذا كانت في الواجب المالي ونحوه، وان استوعبت جميع التركة .

قال سبحانه: «من بعد وصية يوصي بها أو دين»[١] بل لو لم يوص أيضاً ، وجب الاخراج من الاصل قبل الارث ، فان لم يبق شيء فلا ارث بلا اشكال ولا خلاف .

قال في محكي الكفاية: الوصية بالواجب المالي من أصل المال عند الاصحاب وكذا اذا لم يوص اخرج من اصل المال عندهم، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة و الكفارات و نذر المال أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج، وعن التذكرة ان كان

---

(١) النساء : آية/١١ .

واجباً كالوصية بقضاء الدين أو الحج الواجب أو الزكاة الواجبة وشبهها نفذ من الاصل اجماعاً ، الى غيرهما من عباراتهم ، ويدل عليه متواتر الروايات :

مثل ما رواه معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل مات وترك ثلثمأة درهم، وعليه من الزكاة سبعمأة درهم وأوصى ان يحج عنه؟ قال: يحج عنه من اقرب المواضع ويجعل ما بقي في الزكاة .[١]

وعن سماعة قال: سألته عن رجل أوصى عندموته ان يحج عنه ؟ فقال عليه السلام : ان كان قد حج فليؤخذ من ثلثه ، وان لم يكن حج فمن صلب ماله لايجوز غيره .[٢]

وعن صهيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل فرط في اخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة،ثم أوصى ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له؟ قال : فقال: جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدي ما أوصى به من الزكاة ، قيل له ، فان كان أوصى بحجة الاسلام ؟ قال : جائز يحج عنه من جميع المال.[٣] الى غيرها من الروايات، وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك في مسألته انشاء الله تعالى .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ١ ـ التهذيب ج ٢ ص ٣٨١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ التهذيب ج ١ ص ٣٩٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الكافي ج ٤ ص ٢١ .

لانه يخرج من الاصل الا مع تصريحه باخراجه من الثلث .

(لانه يخرج من الاصل الا مع تصريحه بـاخراجه من الثلث) لان الثلث بيده حسب اطلاق النص والفتوى ان شاء جعله فى الواجب،وان شاءجعله في غيره .

مسألـة ـ ٣ ـ اذا أوصى بالازيد أو بتمـام تركته ولم يعلـم كونهـا في واجب حتى تنفـذ أو لا حتى يتوقف الزائد على اجـازة الورثة فهل الاصل النفوذ الا اذا ثبت عدم كونها بالواجب أو عدمه الا اذا ثبت كونها بالواجب وجهان ربما يقال بالاول : ويحمل عليه ما دل من الاخبار على أنه اذا أوصى بماله كله فهو جائز

(مسألة ـ ٣ ـ اذا أوصى بالازيد) من الثلث (أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب) مالي ونحوه (حتى تنفذ أولا) بل تبرعي (حتى يتوقف الزائد على أجازة الورثة فهل الاصل) الاعم من الدليل الاجتهادي والاصل العملي (النفوذ الا اذا ثبت عدم كونها بالواجب) فلا تنفذ .

(أو) الاصل (عدمه) عدم النفوذ (الا اذا ثبت كونها بالواجب و جهان) و ربما احتمل التفصيل بانه اذا كانت الوصية تضييعاً لحق الورثة نفذت حملا لفعل المسلم على الصحيح، وان لم تكن تضييعـاً لم تنفذ ، مثلا : اذا كان له وارث مجنون لايقدر على الاجازة والرفض فانه ان أوصى بالكل ولم يكن محل الاجازة كانت الوصية تضييعاً لحقه ان لم تكن بالواجب فحمل فعل الموصى على الصحيح يوجب الخروج من الاصل، وذلك بخلاف ما اذا كانت الورثة أهلا للاجازة، حيث يحتمل انه أوصى بالكل لاحتماله اجازتهم فتأمل .

(ربما يقال بالاول:) لاصل الصحة واللزوم في العقود (ويحمل عليه مادل من الاخبار على أنه اذا أوصى بماله كله فهو جائز) حيث انها دائرة بين الطرح وبيـن الحمل على بعض المحامل البعيدة ، كما تقدم حين نقلها عنـد فتوى الصدوق بذلك وبين الحمل على ما اذا أوصى و لم يعلم هل عليه واجب أم لا ؟

وانه أحق بماله ما دام فيه الروح، لكن الاظهر الثانى ، لانه مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم

(و) مثلها ما ورد من (انه أحق بماله مـادام فيه الروح) لكن هذا الحمل بعيد أيضاً، بل بعده عن الروايات الثانية أكثر لظهورهما في ان له حق الوصية لوجود الروح فيه وهو ماله اكتسبه ـ مثلا ـ .

(لكن الاظهر الثانى) وقد سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم (لانه مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك) فان في المقام طائفتين من الروايات .

الاولى: مادل على ان الوصية بأكثر من الثلث غير نافذة الابإجازة الورثة وليس قصد المصنف هذه الطائفة حتى يقال: بان ذلك من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، كما اعترض عليه بعض المعلقين.

الثاني: مادل على رد وصايا خارجية مما يظهر منها ان الاصل عدم القبول وذلك مثل جملة من الروايات التي ذكرناها في دليل قول المشهور برد الامام عليه السلام، الزائد من الثلث فان حمل رد الامام عليه السلام، للزائد على علمه بانها وصية تبرعية خلاف الموازين الفقهية لا يصار الى مثله ـ من حمل قولهم أوفعلهم أوتقريرهم على ان ذلك حسب علمهم الخارجي ـ الا اذا لم يوجد بد من ذلك، كما قرر في موضعه.

(والخارج منه كونها بالواجب) المالي ونحوه (وهو غير معلوم) ومنه يعلم ان قول المستمسك لكن الاصل الصحة فيكون بحكم المعلوم غير ظاهر الوجه

نعم، اذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل

وهل يقول المستمسك: بانه اذا اوصى بعدم اعطاء ولده فلان من الارث ينفذ لاحتمال انه نذر كل ماله لبقية أولاده وهكذا، واذا قدم اليه وصية بصرف نصف ماله في اعطاء السادة والفقراء ينفذه لاحتمال انه نذر أوماأشبه.

ثم ليس الحكم المذكور خاصاً بالوصية، بل قد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان اللازم اجراء الحكم الاولي الا اذا ثبت بالدليل كون المورد من الحكم الثانوي، كما اذاكان يفطر في شهر رمضان اويشرب الخمر، أويبيع الوقف أوماأشبه، واحتمل صحة فعله لمرض، أومجوز لبيع الوقف لم يكتف بذلك، بل اللازم النهي حتى يظهر المجوز، فراجع الفقه: [كتاب الصوم، و الوقف] وغيرهما .

ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم أمثال السادة الوالد و ابن العم و البروجردي والجمال و الاصفهاني والشيخ العراقي و غيرهم .

(نعم، اذا أقر بكون ماأوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل) و ذلك لانه مما لايعرف الا من قبله، ولما دل على نفوذ اقرار الانسان بالدين و بالزكاة وبالحج وبغيرها، وانه يجب العمل به على الورثة، مثل صحيح أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه قال: يجوز ذلك؟ قلت: فان أوصى لوارث بشيء، قال: جائز [1].

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٤ .

بل وكذا اذا قال : اعطوا مقدار كذا خمساً ، أو زكاتاً ، أو نذراً ، أو نحو ذلك وشك في أنها واجبة عليه، أو من باب الاحتياط المستحبى فانها أيضاً، تخرج من الاصل

(بل وكذا اذا قال : اعطوا مقدار كذا خمساً، أو زكاتاً، أو نذراً، أونحو ذلك) من الواجبات المالية (وشك في أنها واجبة عليه ، أومن باب الاحتياط المستحبى فانها أيضاً، تخرج من الاصل) فعن عباد بن صهيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل فرط في اخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاة حسب جميع مافرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له؟ قال عليه السلام: جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة دين لوكان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة.[1]

والحاصل: ان في المقام ثلاثة اشياء: قاعدة اقرار العقلاء،[2] وانه ممالايعرف الا من قبله، والروايات ، وهي كثيرة وبعضها مقيدة، كما لايخفى على من راجع الوسائل بابها في [كتاب الوصية] ولعله يأتي الكلام حولها مفصلاانشاء الله تعالى.

أما قول المستمسك: ان العمل بهذا ليس لقاعدةاقرار العقلاء على انفسهم

= الفروع : ج ٢ ص ٢٤٥ ـ التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .
الصافي : ج ٤ ص ١١٢ .

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٤٠ من الوصايا ح ١ .
والكافي : ج ٤ ص ٢١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٢١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ .

لان الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما .

جائز، لكون هذا الاقرار متعلقاً بالورثة ، فهو ليس اقراراً على النفس ، الى آخره.

ففيه: انه اقرار على النفس، والا فغالب الاقرارات ترتبط بالغير، فاذا أقر الرجل بانه تزوج زوجة ثانيةكان اقراراً فيحق أولاده انهم لايحق لهمالزواج منها، وفيحق امها وبنتها انهما لايحق لهماالتزويج به، وفي حق زوجته الاولى انها لاترث الا نصف الربع أوالثمن، ولوأقر انسان بانه رضيع فلانكاناقراراً في حق ولده انه لايتزوجها، وفي حقها انها محرم مع ولده، ولو أقر انسانبانه قتل فلاناًخطاءأكان اقراراً في حق المعاقلة ولوأقرانسان بانهلاط بفلانكان اقراراً في حق امها وبنتها واختها انهن حرمن عليه، الى غير ذلك من الاقرارات، فالاقراركالبينة يثبت لوازمها. وانكان لدي التعارض بينهما تقدم البينة على ما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

(لان الظاهرمن الخمس والزكاةالواجب منهما) فلايقال: بامكانالمستحب منهما، مثل زكاة مال التجارة والخمس الاحتياطي في مورد اختلاف العلماء ونظره آونظر مرجعه الاستحباب لاالوجوب.

(والظاهر من كلامه) اعطوا، أما لوقال: علي فهو نص (اشتغال ذمتهبهما) وقد سكت علىالمتن السادة البروجردي وابن العم والجمال، وان قيدهالوالد بقوله: اذا لميكن الموصيممن علم مواظبته على اداء الحقوق، والا فقديكون مجملا أوظاهراً في غير الواجب .

أقول: اذا عد ذلك اقراراً شمله اقرار العقلاء،[(١)] والاحتمال لاينـفع فى رد الاقرار، اللهم الا ان يؤخذ بالروايات المشترطة لعدم الاتهام كما فى الوسائل فى الوصية فى الباب السادس عشر[(٢)] فراجـع.

أويقال: ان اقرار العقلاء لايشمل مورد الاتهام، فلو كان انسان كثيـر الاقرار بالمتناقضات لم يشمله دليل اقرارهم لانصرافه عن مثله، ومثله مالو كان وسواسياً يحتاط باعطاء الخمس والزكاة كل سنـة مرات، فانه لايعتـمد على اقراره انه مديون باحدهما، بل وكذلك لواعترف بالدين، وفيه يمكن ان يقال : بقاعدة القرعة[(٣)] ، أو قاعدة العدل ، أواصالة البرائة من المراجع عنـد اعواز الدليـل الخاص.

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٢١ الباب ٣٠ من المقدمات ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١ و ٢ و ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٧ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٢ .

مسألة ــ ٤ ــ اذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصى فلا اشكال فى نفوذها ولايجوز له الرجوع فى اجازته وأما اذا أجاز فى حياة الموصى ففى نفوذها وعدمه قولان أقواهما الاول كما هو المشهور

(مسألة ـ ٤ ـ اذا أجاز الوارث) لما زاد من الثلث فيما لو أوصى الموصي بما زاد من الثلث (بعد وفاة الموصي فلا اشكال في نفوذها) وذلك لان الحق له، فاذا أجاز كان اسقاطاً لحقه (ولايجوز له الرجوع في اجازته،) اذلادليل على ان المسقط يرجع، فان حاله كالابراء، حيث لايتمكن المبرء من الرجوع، و هذه قاعدة عقلائية لم يردع عنها الشارع بل في الجواهر ادعى الاجماع بقسميه والنصوص على ان الاجازة توجب النفوذ للوصية، ومراده بالنصوص ماتقدم من صحيح احمد بن محمد وغيره ، كما ان في المستمسك قال : الظاهر انّ عدم جواز الرجوع مما لااشكال فيه ، ويقتضيه الاصل لانها بالاجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع يحتاج الى دليل ـ انتهى.

هذا بالاضافة الى عموم الأدلة الدالة على وجوب امضاء الوصية، وكون الارث بعدها، والخارج من ذلك ماإذا لم يمض الوارث أما اذا امضى فالمرجع فيه عموم العام.

ومما تقدم ظهر، ان المراد بلايجوز عدم النفوذ ، أما لورجع عن اجازته حال حياة الموصى، فالظاهر سقوط الوصية، كما اذا رجع من قبوله للوصية، اذ لا دليل على اللزوم ، والمناط في الرجوع عن قبول الوصية موجود في المقام.

(وأما اذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها) حتى لايتمكن من الرد بعد الوفاة (وعدمه) فيتمكن من الرد بعد الوفاة (قولان أقواهما الاول كما هو المشهور)

للاخبار

وقد حكى الشهرة فيه الجواهر والحدائق وغيرهما وعن الشيخ الاجماع عليه ، خلافاً لما عن المقنعة والمراسم والسرائروالوسيلة والجامع والايضاح وشرح الارشاد ، من عدم نفوذها حال الحياة ، فلو اجازوا حال الحياة كان لهم الرجوع بعد موت الموصى .

(للاخبار) كصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، فى رجل أوصى بوصيته وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ماافروابه ؟ فقال عليه السلام : ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا اقروابها فى حياته .(١)

وصحيح منصور بن حازم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له؟ قال: جائز،(٢) قال ابن رباط [الراوي عن منصور بن حازم] وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته وأقروا به .(٣)

أقول: وهذا هو الظاهر من قوله: وورثته شهود .

وعن دعائم الاسلام ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال : اذا أوصى

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧١ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ١ .
الفقيه : ج ٢ ص ٢٧٤ .
الفروع : ج ٢ ص ٢٣٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .
التهذيب : ج ٢ ص ٣٨٧ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

الرجل يعني بما تجاوز الثلث فاجازله الورثة ذلك في حياته ، ثم بدالهم بعد الموت، قال : ليس لهم ان يرجعوا .(١)

قال في الجواهر : كما هو مؤيد بعموم الأدلة الدالة على وجوب امضاء الوصية، وكون الارث بعدها [مثل قوله سبحانه: «من بعد وصية يوصى بها أو دين »] خرج منها ماإذا لم يجزالوارث مطلقاً فيبقى الباقي، وبان المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هولحق الورثة وهو متحقق في حال الحياة، فاذا اجازوا فقد سقط حقهم، وبان المال الموصى به لايخرج عن ملك الموصي والورثة ، لأنه ان برى كان المال له، وان مات كان للورثة فان كان للموصي فقد أوصى به وان كان للورثة فقد اجازوه ، ولأن التعليق الذي في الوصية ليس للانشاء فيها كي لايقبل القبول والاجازة، بل هو لحصول الاثر فيها ، والا فالانشاء حاصل الان فعلا نحو الاوامر المعلقة والنذور كذلك، فان المعنى الانشائي فيها حاصل عند حصولها ولذا لم يحتج المأمور بأمر معلق على شيء عند حصول المعلق عليه ولم يجزاتلاف المنذور قبل حصول المعلق عليه ، وكذلك مانحن فيه ، الى آخر كلامه .

وقد أخذ بعضه عن المختلف وغيره، وحيث جعل تلك مؤيدات لامجال لرد المستمسك لها، فان المؤيد غالباً يقرب من جهة ويبعد من جهة ، والاكان دليلا، فقوله: انها لاتصلح للتأييد غيرظاهر الوجه .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٠ الباب ١٢ من أبواب الوصايا ح ٢ .

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق فى الثلثين فيرجع اجازته الى اسقاط حقه كما لايبعد استفادته من الاخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله الا الثلث

(المؤيدة باحتمال كونهذاحق فيالثلثين) حتىحال حياة الموصى(فيرجع اجازته الىاسقاط حقه) وبعدالاسقاط لاحق في الاسترجاع، اذلادليل عليه، بل الاصل ينفيه (كمالايبعداستفادته) أي استفادة كونه ذاحق فيالثلثين (من الاخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله الاالثلث) وهذا الاحتمال، وان سكتعليه غير واحد من المعلقين كالسادة الاصفهاني والوالد وابن العم والبروجردي والجمال والشيخ العراقيوغيرهم، الاانه مشكل كما يأتيمنه [قدس سره] وقد رده المستمسك بان المستفاد من الاخبار انه ليس للميت التصرف في الزائد بعد الموت، ولادلالة فيها علىحق للوارث .

قال عمار الساباطي : قال أبوعبدالله عليه السلام: الميت أحق بماله مادام فيه الروح ، فان قال: بعدي فليسله الا الثلث.[1]

اماالقول الاخر: الذى تقدم عن جماعة، فقد استدلله بماعن السرائر من انها اجازة في غير مايستحقونه بعد فلايلزمهم ذلك بحال ، وربما أيدبما اذا باع الفضوليملك المورث، فاجازه الوارث فيحال حياة المورث، فانه لاأثر لاجازته .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٢ .
التهذيب : ج ٢ ص ٣٨٦ ـ صافي ج ٤ ص ١٢٢ .
الفقيه : ج ٣ ص ٢٦٨ .

ولايخفى مافيهما ، اذهما وجهان اعتباريان لايقاومان النص ، لكن اللازم في الاجازة التي لايردها الرد بعدالموت ان تكون مستمرة الى وقت الموت ، فلواجاز الوارث، ثم رد في حال حياة الموصي صح الرد، لانه مقتضى القاعدة بعد عدم شمول النصوص المذكورة لهذا الفرض، فان الرواية الاولى صريحة في المطلب، والثانية وانشملت صورتي البقاء والرد بالاطلاق الا ان المنصرف منها صورة بقائهم على اجازتهم ، بل هو الظاهر من تفسير الراوي ، كما انه صريح رواية الدعائم أيضاً .

ومنه يعلم، أحكام كل صور المسألة :

(١) الرد ثم الاجازة في حال الحياة ، فتنفذ اذا كان الموصى باقيـاً على وصيته .

(٢) عكسها والوصية تسقط ، وان أجازوا بعد الموت ، وذلك لان الرد نقص الوصية، ولادليل على كفاية الاجازة بعد ذلك، اللهم الااذا بقى الموصى على وصيته، حيث ان الاجازة اللاحقة على الموت ترتبط بالوصية ، كماسبق فتكفى فى لزوم الوصية على الورثة، وان ندموا بعدالاجازة وارادوا الردفيكون حال ذلك حال مااذا أوصى ولم يردوا في حال الحياة ولم يجيزوا ثم اجازوا بعد الموت، حيث لاحق لهم في الرد بعد ذلك .

(٣) الاجازة ثم الرد بعد الموت ، ولافائدة في الرد كما عرفت .

(٤) الردثم الاجازة بعد الموت، ولاتلزم الاجازة، لان الرد اسقط الوصية

هذا والاجازة من الوارث

ولذا يكون الزائد على الثلث لهم فيه الخمس والزكاة والاستطاعة وغيرهـا ، نعم لهم ان يفعلوا طبق الوصية تبرعاً منهم لالزوماً عليهم .

(هذا والاجازة من الوارث) في حال الحياة انماتصح اذا بقى على كونه وارثاً، لانه المنصرف من النص، أما اذا خرج كلية أوفي الجملة لم تنفع اجازته كلية في الاول ، وفي الجملـة فى الثانى مثلا اجاز الوصية ، ثم ارتـد أو قتل المورث ظلماً فانه يخرج بذلك عن كونه وارثاً، وانمايرثه غيره ويكون الاعتبار باجازة ذلك الغير، فان كان اجاز فى حال الحياة [وان كان يعلم انه ليس بوارث أو يشك حين ان اجاز لانه زعم ان الطبقة المتقدمة وارث] لزمت والاتوقفت على اجازته بعد الموت .

ومثال في الجملة مالو كان له ابن واحد فاجاز ثم ولدله ابن ثان، فان اجازته تنفع في نصف الزائد ونصفه الاخر يحتاج الى اجازة الولد الثاني ، اللهم الا اذا كانت اجازة الولد الاول في كل نصيبه ، مثلا ، فلاحاجة الى اجازة الولد الثاني، مثلا :كان للميت ثلاثة دنانيرفوصى بدينارين ممايبقى للولد الاول دينار فلما حصل على ولد آخر ملك ذلك الدينار فلايبقى للولد الاول شيء ، فان كانت اجازته تشمل ذلك أو اجاز صريحاً بعد ان حصل الولد الثاني نفذت الوصية في الدينار الزائد والانفذت في نصفها ، كما انه لو كانت اجازة الولد الاول خاصة بما اذا بقى له دينار لم تنفذ الوصية في الزائد اطلاقاً ، لان ولادة الولد الثاني كشفت عن عدم اجازة الولد الاول أصلا ، وانما زعم انه اجاز بما لاحقيقة له ، والله سبحانه العالم .

تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء عطية من الوارث

ثم ان الاجازة من الوارث (تنفيذ لعمل الموصي وليست ابتداء عطية من الوارث) سواءكانت الاجازة قبل الوفاة، كما يشمله اطلاق عبارة القواعد أو بعد الوفاة، كما صرح به الشرائع، وكأنه انما اقتصر على بعد الوفاة، لانه كان الانتقال من الموصى الى الموصى له اذا أجاز الوارث حال الحياة أظهر.

وكيف كان، فقد قال الشرائع: واذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك اجازة لفعل الموصى، وليس بابتداء هبة.

وقال في الجواهر: بلاخلاف أجده بيننا، بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليـه.

أقول: والاحتمال الاخر منسوب الى بعض العامة كما في المسالك، قال: وانما يذكر الاخير وجهاً أو احتمالا، وانما هو قول العامة، وان المرجح عند الاصحاب ما اخترناه.

وكيف كان انما ذهب الاصحاب الى ما اختاروه، لان المال ملك للموصى وقد فوضه بعد موته الى الموصى له والوارث ليس له شأن الا الاجازة فهي تفيد قبول الوصية، سواء أجاز قبل الوفاة أو بعدها ولـو بمدة، لان الاجازة قبول عمـل الموصى بالانتقال فوراً بمجـرد الموت، ولذا لم يكن الفاصل بيـن الموت وبين الاجازة ـ لو تأخرت الاجازة عن الموت ـ موجباً لكون المال للوارث حتى يترتب عليه أثره من الخمس والزكاة والاستطاعة، وكون النماء له، الى غير ذلك، سواء قلنا في الاجازة في الفضولي بالكشف أو النقل، لان ظاهر الروايات كصريح الفتاوى تلقى الموصى له الملك من الوصى مباشرة.

فلا ينتقل الزائد الى الموصى له من الوارث بأن ينتقل اليه بموت الموصى أولا ثم ينتقل الى الموصى له ، بل ولا بتقدير ملكه ، بل ينتقل اليه من الموصى من الاول .

و بذلك يظهر ، انه لأوجه لما ذكره العامة دليلا على مختارهم من ان الزائدعلى الثلث ملك للورثة ، فاذا اجاز الوارث انتقل من حين الاجازة الى الموصى .

اذيرد عليه ان الانتقال الى الورثة لايكون الابعد عدم صحة الوصية ، قال سبحانه : «من بعدوصية يوصى بهاأودين» فاذا صحت الوصية بالاجازة لم يكن انتقال الى الورثة أصلا ، فالمال قدانتقل من الموصى الى الموصى له رأساً ، ولافاصل بين الامرين حتى يكون ملكاً حقيقة أوحكماً للوارث .

(فلاينتقل الزائد) من الثلث (الى الموصى له من الوارث بأن ينتقل اليه بموت الموصى أولا ثم ينتقل الى الموصى له) لانه خلاف الادلة كماعرفت .

(بل ولابتقدير ملكه) أي الملك الوارث ، أومثل تلقى الحفيد عن جده الارث بتقديرملك أبيه [الميت] عن الجد ، ولذا يقسم فرض الاباء على أولادهم [أي الحفيد] .

(بل ينتقل اليه من الموصي من الاول) كما ذكروا في تلقى البطن اللاحق الوقف من الواقف رأساً لابواسطة البطن السابق .

ومما تقدم يعلم، عدم الفرق بين كون الوارث الذي سيجيء أهلا للاجازة حال الموت أم لا؟ كما اذاكان طفلا أومجنوناً حال موت أبيه الذي أوصى بأكثر من الثلث، ثم بلغ وعقل وأجاز، فانه يكون ملكاً للموصى له حين الموت و يترتب عليه آثاره .

ثم انه لوبقي الوارث مجنوناً أوسفيهاً أوماأشبه مما لايكمل ، فالظاهر ان لوليه الحق في الاجازة والرفض اذا لميكن أحدهما مفسدة ، اذ قد تحقق في محله كفاية عدم المفسدة أما من يرى لزوم المصلحة كان اللازم تقييد عمل الولي باحدهما بالمصلحة . ــ

نعم، لاينبغي الاشكال في عدم صحة الاجازة من الصبي والمجنون لاقبل موت الموصى ولابعد موته، ولومات الوارث بدون اجازة أورفض فالظاهر ان الاجازة والرفض يتوقفان على ورثة الوارث، لوحدة الدليل اطلاقاً أومناطاً، و لافرق بين ان يجيز الوارث كل الزائد أوبعضه، كما لافرق بين ان يجيز كلهم أو بعضهم للاطلاق فيصح في ماأجاز ويبطل في غيره ، ومقتضى القاعدة صحة الاجازة من المفلس حال حياة الموصى، لانه ليس تصرفاً في ماله ، ولذا قال في الجواهر: وتصح من المفلس حال حياة الموصى ـ انتهى .

ولكن ربما احتمل عدم الصحة لانـه تصرف مالي بالاخرة، فيشمله دليل الحجر، خصوصاً اذاكانت الاجازة قرب موت الموصى، حيـث ان بعد ساعة يموت مثلا، وينتقل اليه مال كثير يمكن به قضاء كل ديونه، والمسألة بعدبحاجة الى التأمل، خصوصاً وقد قال في الروضة: في صحتها بعد موته وجهان.

أقول : اذا قلنـا بعدم الصحة، ففي حال الحياة أيضاً كان كذلك، لوحدة الملاك فيهما، ولوشك في تأثيـر الاجازة كان الاصل العدم، فالمرجع اطلاق دليل الارث، ولو كفر الموصى بعدالوصية لم تنفع الاجازة، لان المال خرج

عـن ملكه بالارتداد ، ولو كفر الوارث قبـل الاجازة سقطت اجازتـه لانه ليس بوارث حتى يكون بيده الاجازة والرفض ، ولو كفر الموصى اليـه ولم يصح الانتقال اليه، كما اذاكان الزائد القرآن لم تصح الاجازة وانما يكون ارثاً ولو لم يصح الانتقال اليه من الاول لكنه صح بعد ذلك، فان لم يكن فاصل بين الموت وبين صحة الملك لم يكن بالاجازة بأس كما اذاكان الموصى له كافراً والوصية بالقرآن الزائد على الثلث ثم اسلم قبل ان يموت الموصى .

أما اذا أسلم بعد موت الموصى لم تصح الوصية، اذهى من الوصية باعطاء القرآن للكافر، فلا تنفع الاجازة لان الشيء لم يبق على ملك الموصى بعد موته ولا على ملك الوارث لفرض انه لا يرث ولا على ملك الكافر، اللهم الا ان يقال: يبقى على ملك الميت كما في الثلث ونحوه، فان الملك صرف اعتبار والعقلاء يعتبرونه والشارع لم يردع عنه، فهو في ملك الموصى الى ان يجيز الوارث و يسلم الكافر فتأمل.

قال في الجواهر: ثم الظاهر عدم الفرق بين الاجازة بعد الوصية وبيـن الاذن فيها سابقاً.

أقول: مثلا ، قال الوارث : انى اجيز كل وصيـة وصيت بها، ثم أوصى لاطلاق الادلة أومناطها، قال: كما لافرق فى ذلك أيضاً، بين الوصية التمليكية والعهدية كالوصية بالوقف والعتق ونحوهما.

أقول: وهو كماقال: لان الدليل يشملهما ، ولوقال: المجيز ظننت قلة المال

الزائد على الثلث والان ظهر لي بعد الاجازة كثرته، فهل يقبل لانه أعرف بنيته أم لا؟ والا لملك كل مقر ونحوه ذلك وهو خلاف مادل على أن الامر مأخوذ بكلامه، مثل اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ونحوه[1]، وسيأتي تفصيل الكلام فيه في المسألة الاتية، ولو اوصى بداره وكانت بقدر الثلث أوأقل وبعد موته، قال الوارث: كان يظن الموصى انها تسوى ألفاً بينما تسوى ألفين ولو كان علم بذلك لم يوص بها كلها، بل نصفها لم يقبل منه الا اذا اقام البينة .

نعم، لو كان انصرف بيد الوارث وعلم بذلك، وان الوصية كانت على نحو التقييد، لا على نحو الداعي حق له ان يصرف بقدر مايعلم لا ازيد من ذلك، وانما قلنا بنحو التقييد، اذ لو كان بنحو الداعي لم تكن وصية بالاقل من الدار ، وكذا الحال لو أوصى بالالف، فقال وارثه: كان يظن انه عشر ماله بينما هو خمسه فاللازم اعطاء نصفه ، ولو قال اعطوا : أحد الدارين وكانت احداهما أكثر من الثلث، والاخرى بقدره أوأنقص تعين اعطاء الثانية، الا ان يجيز الورثة فيتخيرون اذ مع عدم اجازتهم للازيد كان اعطاء الثانية تطبيقاً للوصية فلاوجه لاعطاء أقل من الدار الاولى تطبيقاً للثلث، اذ هو خلاف وصية الموصى، وهل تحتاج الاجازة الى كونها في محضر الناس، فلو قال الوارث: وحده اجزت لم يكف، احتمالان وان كان الظاهر الكفاية لصدق انه اجاز .

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ٥٦٨ الباب ٣ من أبواب كتاب الاقرار ح ٢ .

. . . .

نعم، لوشك في كفايتها كان الاصل العدم، ولو لم يجز ولم يرد فهل يجبره الحاكم على احدهما؟ لايبعد ذلك اذاكان البقاء معلقاً ضرراً على الموصى اليه، والالم يدل دليل على الاجبار .

مسألة ـ ٥ ـ ذكر بعضهم انه لو أوصى بنصف ماله مثلا فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزائد

(مسألة ـ ٥ ـ ذكر بعضهم) وهو الشرائع وغيره (انه لو أوصى بنصف ماله مثلا فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه) من الزائد على الثلث (وعليهم الحلف على الزائد) انهم ماجازوا ذلك ان لم يعلم صدقهم انهم ظنوه أقل، والالم يحتج الى الحلف، لان الحلف طريقي، فمع العلم بذي الطريق لم يحتج اليه، وواضح انذلك اذاكان هناك نزاع بين الموصى له والورثة أوبين الحاكم الشرعي وهم، أوبين الوصي وهم: والالم يكن مجال لهذا الكلام بل يعمل الوارث حسب ظنه كما ان اللازم ان لاتكون الاجازة بداعي انه أقل والا فالداعي لايقيد الاجازة اذاكانت الاجازة مطلقة .

والحاصل: انه قد يجيز مطلقاً وداعيه انه أقل، وقد يجيز مقيداً بالاقل، ففي الاول الاجازة تقع على الكل، بخلاف الثاني، حيث تقع الاجازة على القدر المظنون ، وكذا الحال فيما اذاكانت الاجازة مقيدة أو مطلقة بالنسبة الى شيء آخر، مثلا: كان يظن انله مالا، فاذا أجاز الزائد لايضره، ثم تبين ان لامال له ، فانه اذا كان ظنه داعياً صحت الاجازة .

أمااذا كان ظنه مقيداً للاجازة لم تصح الاجازة ، لان المقيد عدم عند عدم قيده، أمالوجعل ذلك شرطاً بان قال : اجيز بشرط ان يكون الزائد مائة مثلا ، أوبشرط ان يكون اي مالي ـ سواء ذكر الشرط لفظاً أوقصده حين الاجازة فلم تكن الاجازة مطلقة ـ فله ان يأخذ بشرطه ويفسخ الاجازة ، وان يسقط شرطه

فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم، واحلفوا على نفي ظن الزائد فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث البقية

ويبقى على اجازته ، فان الاجازة حيث تجعل العقد [عقدكم] يصح تقييدها كما يصح تقييد نفس العقد بالاجازة .

فالمظنون قد يكون مصباً، وقد يكون قيداً، وقد يكون شرطاً، وفي الاولين تبطل الاجازة ، وفي الثالث يتخير بين اسقاط الشرط وعدمه .

وكيف كان، فقد قال الشرائع: لو أوصى بنصف ماله، مثلا: فاجاز الورثة، ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بماظنوه واحلفوا على الزائد ، وفيه تردد ، وأما لو أوصى بعبد أو بدار فاجازوا الوصية ، ثم ادعوا انهم ظنوا ان ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت الى دعواهم ، لان الاجازة هنا تضمنت معلوماً .

أقول: قال في الجواهر ـ بالنسبة الى الشق الاول ـ : وهذا الحكم وان ذكره غير واحد من الاصحاب، بل لاأجد فيه خلافاً صريحاً، وان قال المصنف : هنا فيه تردد الى آخره .

(فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضي عليهم بصحة الاجازة في خمسمأة درهم ، واحلفوا على نفي ظن الزائد فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث البقية) .

أقول: قد ذكر ذلك المسالك والجواهر وغيرهما، وأشكل عليهم المستمسك

وذلك لاصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزائد

بقوله : ولعل الأولى في التعبير ان يقال: انه يعطي ثلث الالف دينار بالوصية وثلث الالف درهم بالاجازة لانهم لما ظنوا ان التركة ألف درهم فاجازوا الوصية، بنصفها، فقدظنوا ان الزائد المجاز سدس الالف درهم فتصح الاجازة فيه لاغير- انتهى .

أقول: قد تكون الاجازة على تقديران المال ألف درهم فقط فلااجازة في الزائد على الثلث لو كان ألف دينار ، وعليه فاللازم اعطاء ثلث ألف دينار بلاشيء زائد ، لان الورثة لم يجيزوا شيئاً ، حيث كانت الاجازة مقيدة ، وقد تكون الاجازة للتفاوت بين الثلث والنصف [أي السدس] من غير نظر الى كونه ألف درهم أوغيره وحينئذ الواجب عليهم اعطاء خمسمأة دينار، لان ثلث الالف حق الميت وسدسه صار حقه بالاجازة، وقد تكون الاجازة للتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أي سدسه، وحينئذ يلزم عليهم اعطاء ثلث ألف دينار وبقدر سدس ألف درهم .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في كثير من الكلمات ، كما يظهر وجه النظر في سكوت غير واحد من المعلقين على المتن وكان لذا قال الوالد : شقوق هذه المسألة لاتخلو من منع أو نظر . والسيد الاصفهاني [ره] نظراً الى ما ذكر أخيراً فقال: وان شئت قلت : يعطى ثلث ألف دينار والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه .

(وذلك) انما يقبل قول الوارث بيمينه (لاصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزائد) واليهما اشار في المسالك قائلا: ووجه قبول قولهم استناده

بخلاف ما اذا أوصى بعين معينة كدار أوعبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فانه لايسمع منهم ذلك لان اجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد

الى اصالة عدم العلم بالزائد، مضافاً الى ان المال ممايخفى غالباً الخ حيث ان قوله : [ان المال] ان لم يرد به الاصل الاول لم يصح ان يعبرعنه بـ[مضافاً] كما لايخفى. ثم قال: ولان دعواهم يمكن ان تكون صادقة، ولايمكن الاطلاع على صدق ظنهم الامن قبلهم فلو لم يكشف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعواهم ـ انتهى .

ويمكن ان يرجع هذا الى دليل: [مالايعرف الامن قبله] فيشمله قوله عليه السلام: لصاحب الحق مقالا . والى دليل : [لاضرر] .

وكيف كان، فان في مجموع المذكورات كفاية ، وان كان في الاستناد الى بعضها نظر، مثلا: اصالة عدم علمهم بالزائد لاينفع، اذيكفى في اجازة النصف كائنـاً ما كان احتمال الزيادة ـ كما اشار اليـه السيد البروجردى ـ فمقتضى القاعدة ان الدعوى مسموعة والحلف مقبولة .

(بخلاف مااذا أوصى بعين معينة كدار أوعبد) أوصرة من الدراهم والدنانير (فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا ان ذلك ازيد من الثلث بقليل فبان انه ازيد بكثير) أي بأكثر مما ظنوا ، وان كانت الزيادة قليلة أيضاً ، كما انهم ظنوا انه أكثر من الثلث بدرهم فبان أزيد بدرهمين ـ فان دليل المنع يأتي في هذا أيضاً ـ .

(فانه لايسمع منهم ذلك لان اجازتهم تعلقت بمعلوم) خارجي (وهو الدار أو العبد) وتوضيح الفرق بين هذه المسألة والسابقة بماذكره المسالك بان في هذه

. . . .

المسألة موضوع الاجازة الـدار مثلا ، وهي معلومـة ، وفي المسألة السابقة موضوعهـا الجزء المشاع والعلم بمقداره يتوقف على معرفـة مقدار مجموع التركة والأصل عدمه .

ثم انه ربما قيل مثل ذلك في الفرق بين المسألتين فيما اذاأوصى الموصى زاعماً قلة ماأوصى به، ثم ظهرت كثرته، حيث انه اذاكان على وجه التقييد ـ على ماذكرناه سابقاً ـ تبطل الوصية بالنسبة الى الزائد، فيما علم الوصي قصده ، اذ لاوصية بالقدر الزائد حقيقة، بخلاف ماإذا أوصى بعين معينة كالدار فان الوصية نافذة ، وان زعم انها تسوى بأقل من ماظنه، وانما كان الامـر كذلك لوحدة الدليل بين فرضى المصنف وهذين الفرضين ، ومن الواضح انه لاحاجة الى علم الموصى بقدر ماأوصى فلامانع من نفوذها في المسألة الثانية، اذلم يشترط أحد لزوم علمه، وان كانت الوصية عقداً ، كمالايشترط علم الموصى له ، وان كان قبوله جزءاً من العقد لاطلاق أدلة الوصية فيهما ، فلو كانت للموصى صرة لايعلم كم مقدار مافيها جازت وصيته بها ، كما صح قبول الموصى له لها بعد موته، وان لم يعلم قدرها .

قال في المستمسك : ونحوه ماإذا أوصى بثلثه وعشرة فأجازوا ثم ادعوا ظن كثرة المال فتبين قلته لكون العشرة التي هي موضوع الاجازة معلومة .

أقول : وكذا كل مورد كان كذلك ، كما اذا أوصى بمعلوم لديه مجهول لديهم، أو مجهول لديهما، أما اذا كان مجهولا لديه معلوماً لديهم فالحكم يترتب

ومنهم من سوى بين المسألتين فى القبول ، ومنهم من سوى بينهما فى عدم القبول ، وهذا هو الاقوى أخذاً بظاهر كلامهم فى الاجازة كما فى سائر المقامات

على ماذكرناه في [ربما قيل] .

(ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول) للدعوى، وفائدة ادعاء الورثة الجهل .

قال في الجواهر: لكن مال في الدروس الى التسوية بينهما في القبول ، وجعله في محكى التحرير وجهاً، وفي القواعد احتمالا .

أقول: وقال في المسالك: لعله الاوجه، وذلك لان العلم بالموصى به المعلوم لديهم لايلازم علمهم بقدر قيمته ، ولذا لم يكونوا اجازوا هذا المقدار وكأنه من باب تقييد الاجازة بماقيمته مثلا ألف ، بينما ظهر انها ألفان ، فهو من قبيل اختلاف الوصف والاشارة .

أقول : يصح عدم نفوذ الوصية اذا كان الموصى جاهلا ، كما تقدم في [ربما قيل] لان الموصي لم يوص كماقرر، وان لم نقل بالتساوي في قبول دعوى الوارث المجيز.

(ومنهم) كما يظهر من الجواهر (من سوى بينهما في عدم القبول) لدعوى الوارث، وهذا هو الذى قرره كثير من المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والجمال وغيرهم، وان أشكل عليه السيد البروجردى وبعض آخر.

(وهذا هو الاقوى أخذاً بظاهر كلامهم في الاجازة ، كمافي سائر المقامات) اذ يؤخذ بظاهر الكلام في العقود والايقاعات الا اذا ثبت الخلاف .

كما اذا أقر بشئ ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى انه ظن كذا فانه لايسمع منه ، بل الاقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم فى دعواهم

(كما اذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا) مثلا : قال : كل مافي هذه الصرة لزيد ، ثم قال : ظننت ان فيها مأة ، بينما كان فيها مأة وعشرون ، أو قال: هذه الدار لزيد، ثم قال: ظننت اني وهبتها له، بينما الذى وهبته له دار اخرى .

(أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى انه ظن كذا فانه لايسمع منه) الادعاء المذكور ، لكن الاقرب السماع في كلتا المسألتين . لالان الاصل عدم الاجازة ، لان الاصل بمجرده لايقف امام ظاهر الكلام ، بل لما تقدم من انه لايعرف الا من قبله ، فاذا لم تسمع الدعوى لزم الضرر الكثير .

وقد قال جمع من الفقهاء : كالشيخ وغيره بسماع الدعوى ضد ورقة الانسان نفسه ، فاذا أرى المنكر ورقة من المدعي كتب فيها ان المدعي تسلم المال و ادعى انه كتب الورقة للتسلم بعد ذلك تقبل دعواه وعمل فيها بميزان المدعى والمنكر .

(بل الاقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم) وذلك لان الظن من قبيل الداعي ، ومع تخلف الداعي لايبطل الانشاء ، فاذا كان داعيه الى اشترائه الطعام زعمه ان له ضيوفاً ثم تبين عدم بقائهم لم يبطل اشترائه ، وذلك لتمامية أركان العقد فيصدق عقودكم ، وكذلك في الايقاع .

نعم ، اذا كانت الاجازة مقيدة كان اللازم القول بالامور الثلاثة ، أي البطلان فيما كان مصباً أو قيداً ، لانه ليس بعقده ولا باجازته والصحة مع الاختيار في الابقاء

الا اذا علم كون اجارتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا فيرجع الى عدم الاجازة

والفسخ اذاكان شرطاً، ولذا قال: (الااذا علم كوناجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا) وعلى هذا فبالنسبة الى الواقع يكون المؤثر المصب والقيد والشرط والداعي ، فله ان يعامل حسب قصده ، وان لم يسمع منه في مقام المرافعة ، اللهم الاذا حلف الطرف الاخر، حيث انالوارث مدع لدعواه خلاف الاصل لمادل على ان الحلف يذهب بالحق ، فيما اذاكان النزاع على الامور المالية، كما ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] .

وبالنسبة الى الظاهر ان علمنا صدقه عومل كل حالة حسب ماقررناه من قواعد ، فاذا علمنا كون الاجازة على نحو المصب أو القيد نقول بالبطلان ، وان علمنا بانها علىنحو الداعي قلنا بالصحة ، وان علمناكونها علىنحو الشرط كان له الفسخ أو الاجازة ، وان شككنا في انها كيف كانتكان المحكم اصالة الاطلاق الااذا لم يكن اطلاق حيث ان المحكم حينئذ عدم الاجازة .

قالفي المستمسك: بناءاً علىماذكرنا يكونمورد الشكفي كونالخصوصية أخذت بنحو الداعي أو القيد مورداً لاصالة عدم الاجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر الاطلاق ، فان اطلاق الخطاب وعدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصية لو حظت داعياً فمالم يعلم التقييد يبنى على صحة الوصية .

(فيرجع الى عدم الاجازة) أي ان الحكم مع عدم الاجازة ، لان الاصل عدمالاجازة كي يستشكلعليه المستمسك بانهذا اذا احتمل تحققاجازة اخرى

ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً .

غير الاجازة التي قيدت والافلاشك كي يرجع الى الاصل .

(ومعه يشكل السماع فيماظنوه أيضاً) فانه اذا علم ان الاجازة مقيدة بكذا لم يكن محل لسماع الدعوى ، سواء كان القيد حسب ظنهم أو خلافه .

مسألة ـ ٦ ـ المدار فى اعتبار الثلث حال وفاة الموصى

(مسألة ـ٦ـ المدار في اعتبار الثلث حال وفاة الموصي) قال في الشرائع ويعتبر الثلث وقت الوفاة لاوقت الوصاية ، فلو أوصى بشيء وكان موسراً فى حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة لم يكن بايساره اعتبار ، وكذلك لو كان فى حال الوصية فقيراً ثم ايسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره ـ انتهى .

وقال في الجواهر : بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع محكي عن الخلاف وذلك لانه المنصرف من اطلاق الدليل ، بل الظاهر من الادلة الجاعلة الثلث حيث كثرة اختلاف مال الانسان بدون اشارة الروايات الى ان المعيار الثلث حال الوصاية وبدون بيان ماذا يعمل اذا قل ماله حال الوفاة عن حال الوصاية دليل على ان العبرة حال الوفاة ، بل ويؤيده ماسيأتي من كون الدية أيضاً داخلة فى الثلث .

مثل خبر السكونى ، عن أبى عبدالله عليه السلام ، قال امير المؤمنين عليه السلام : من أوصى بثلثه ثم قتل خطاءاً ، فان ثلث ديته داخل فى وصيته .[1]

ومثله غيره[2] ، بل اللازم القول بذلك ، وان كان حقاً حال الموت وملكا بعده كما اذا نصب شبكة ، ثم صادت بعد ان مات ، كما فى الجواهر ، هذا بالاضافة الى انه هو مراده من ثلث ماله ، فهو مقتضى الوصية والعقود وغيرها تتبع القصود حتى يكون عقد كم ونحوه ، ولذا لو علم ان مراده الثلث حال الوصية لم يكن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الفقيه : ج ٢ ص ٢٨٥ .

لا حال الوصية ، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة ان لم تكن بيدهم حال الوفاة،

ثلثه الا بمقدار الثلث حال الوصية فيكون مثل اقراره ان لزيد نصف ماله مثلا ، أو نذره ان لله سبحانه نصف ما يملك ، حيث ان الغالب ارادتها النصف حال الاقراروحال النذر ، وبالعكس لوعلم ارادتهما وقتاً آخر، كما اذا نذر ان يكون للهنصف ماله اذاجاء ولده وعلم انه يريدنصفه وقت مجئي الولدكان نذره ذلك لا نصف وقت النذر ، ومثله اذا قال لزيد نصف مالي ، وأراد في أول السنة الاتية لمضاربة بينهما ونحوها كان اعترافاً بذلك لا بالنصف وقت الاعتراف .

ولوشك في ان المراد وقت النذر أو وقت مجيء الولد أخذ بالاقل منهما لانه القدر المتيقن .

نعم ، لوكان مال بين نفرين أخذ بقاعدة العدل ، كما اذا أقربأن نصف ماله لزيد ، وشك كان اللازم تنصيف القدر المشكوك فيه زائداً على القدرالمتيقن.

(لاحال الوصية) وان حكى عن بعض العامة قول بذلك، ولعله لانه الشائع في عرفهم ، وعليه اذا شاع في العرف ذلك كان كذلك ، لان المنصرف من الكلام هو المفاهم عند العرف .

أوقول المصنف : (بل على حال حصول قبض الوارث للتركة ان لم تكن بيدهم حال الوفاة) فاللازم ان يحمل على التوضيح ، اذ سواء زاد بين الوفاة وحال أخذ الوارث أونقص لايفرق الثلث ، اذكون الثلث للميت ، مثل كون الثلث لفلان ، فان كل زيادة ونقيصة يرد على صاحب الثلث وصاحب الثلثين بالنسبة .

فلو أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار، ثم نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصى له ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وان كانت كثيرة جداً

(فلو أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ، ثم نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصى له) كما انه اذا تلف كل المال كان الخاسر كلاهما كل بقدره ، وهذا يؤكد كون الثلث للميت حال وفاته ، كما يؤكد كون الثلثين للوارث .

(ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً) وبذلك يعرف، وجه النظر في كلام كل من جامع المقاصد والمستمسك ، حيث قال الاول : قد بينا ان الثلث يعتبر بعد الموت ، اذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت كالدية اذا ثبت صلحاً ، وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث ، وكأن المصنف انما اعتبر حال الوفاة في مقابل وقت الوصية لا مطلقاً ، فكأنه قال : لا يعتبر وقت الوصية .

وقال الثاني : هو في محله في المتجدد ، وأما في التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر ، لان النقص يكون من أصل التركة ، ولا يختص بمال الوارث ، فالمدار في الثلث على حال الوفاة ، الى آخر كلامه .

اذ قد عرفت ان كلا من الزيادة والنقيصة تؤكد حقه في الثلث ، فان الزيادة انما حدثت لحقه حال الوفاة لا بعد ذلك .

(وان كانت كثيرة جداً) اذ كان ظاهر الوصية يشملها لا ما اذا علم بعدم قصده أو شك في القصد بعد عدم ظهور عرفي للوصية في الاطلاق بما يجعله وصيته .

وقد يقيد بما اذا لم تكن كثيرة اذ لايعلم ارادته هذه الزيادة المتجددة والاصل عدم تعلق الوصية بها ولكن لاوجه له للزوم العمل باطلاق الوصية

(وقد يقيد بما اذا لم تكن) الزيادة (كثيرة اذ لايعلم ارادته هذه الزيادة المتجددة والاصل عدم تعلق الوصية بها) قال في الجواهر : قال ثانى المحققين والشهدين هذا انما يتم اذا كانت التركة حين الوصية أزيد منها حال الوفاة ، أما لو انعكس اشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بارادة الموصى للزيادة المتجددة ، لاصالة عدم التعلق وشهادة الحال بان الموصى لايريد ثلث المتجدد حيث لايكون تجدده متوقعاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً [فراد اولهما] انه قد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن ، فان استحقاق ابن الابن لايخلو من تردد ، بل قال : انه قد يتوقف في دية العمد من حيث تجدد ثبوتها بعد الموت ـ انتهى .

(ولكن لاوجه له للزوم العمل باطلاق الوصية) والمراد بالاطلاق اطلاق [الثلث] ونحوه ، فلاوجه لاشكال المستمسك عليه بانه لاوجه لدفع كلام جامع المقاصد بالتمسك بالاطلاق ، فان المقام ليس مقام الاطلاق والتقييد لتعين المراد

ثم ان ماذكره جامع المقاصد من مسألة الابن وابن الابن ، فالكلام فيه انه قد يفهم من كلامه ان مراده عنوان [الاقرب] وقد يفهم ان مراده ابنه ، وقد لايفهم أيهما ، فعلى الاولين يكون الامر واضحاً ، وعلى الثالث لايعطى الحفيد ، اذ لا علم بالوصية يكون ارثاً كما هو الحال في كل أمثال هذه المقامات ومرادنا بان [مراده]

نعم لو كان هناك قرينة قطعية على عدم ارادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر لكن عليه لافرق بين كثرة الزيادة وقلتها ، ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص في المال

كذا ، نريد بالمراد الاعم من ماله اطلاق أوارتكاز ، اذ الارتكاز أيضاً كاف كما ذكروا في الوقف اذا تعذرمصرفه في العين، حيث يصرف في شبهه ويؤيده عدة روايات في باب الوصية ، بل وغيرها أيضاً .

مثل مارواه محمد بن الريان قال :كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصي الاباباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام : الابواب الباقية جعلها في البر.(١) الى غيرذلك مما يظهر منه اعتبار الشارع للارتكاز .

(نعم لو كان هناك قرينة قطعية) أي مايقطع بها في مقام الظاهر ـ لا القطع الوجداني خاصة ـ .

والحاصل قرينة صالحة للتقييد عرفاً (على عدم ارادته الزيادة المتجددة صح ماذكر) في عدم شمول الوصية للزيادة المتجددة (لكن عليه) على وجود القرينة (لافرق بين كثرة الزيادة وقلتها) وكان جامع المقاصد خصص الزيادة الكثيرة في عبارته المتقدمة [بعد ان جعل كل زيادة كذلك] من جهة ان الكثيرة ابعد عن ارادة الموصى .

(ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص في المال

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١ من أبواب الوصايا ح ١ .

أو زيادة فى قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة الى الزائد مع عدم اجازة الوارث وان كانت ازيد من الثلث حال الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العينْ فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها ، وكذا الحال اذا أوصى بمقدار معين كلى

أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة الى الزائد مع عدم اجازة الوارث) لان العبرة بحال الوفاة ، كماتقدم .

و منه يعلم ، انه لو أوصى بالاقل من الثلث ، لم تبطل الوصية ، و لو أوصى بالاكثر من الثلث ، ثم صار بقدر الثلث ، لم يحتج الى اجازة الورثة ، وقد علم من ذلك حال الاقسام التسعة : لان الشيء حال الوصية ، أما بقدر الثلث ، او أقل ، أو أكثر ، وعلى كل حال في حال الموت أما ان يكون أقل أو أكثر أو مساوياً ـ وقد عرفت ان مرادهم بحال الوفاة الاعم من ما يكون عيناً أو حقاً ينمو بعد الوفاة، مثل الدية المأخوذة صلحاً،والصيد الحاصل فى الشبكة، وما أشبه ذلك ـ

(وان كانت) العين(أزيد من الثلث حال الوصية، ثمزادت التركهأونقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها) و ان كان الوارث قدرد الوصية اذ الرد غيرضائربعدعدم كونالوصية وقتاعتبارهالاتزيد على الثلث .

(و كذا الحال)حال الوصية بالعين المعينة (اذا أوصى بمقدار معين كلي

كمائة دينار مثلاً .

كمائة دينار مثلاً) ومما تقدم ظهر حال ما إذا بقي مراعي كما إذا كان ما أوصى بقدر ثلثه اذا أخذت ديته، وأكثر ان لم تؤخذ، حيث ان الزائد يبقى معلقاً باختيار الوارث الدية أو العفو أو القصاص .

ثم انه اذا أوصى بمقدار كلي قابل للتضخم والتنزل كالذهب مثلا، فان كان كل ماله كذلك لم يهم الامران، لان الكل يتنزل ويصعد، أما اذا كان كل ماله مختلفاً اعتبرت القيمة في الموصى به .

و منه يعلم ، ان الاعتبار ببلد الصرف ان عين بلداً خالصاً ، وان كان بلد آخر تختلف القيم فيه مثلا : كان الذهب في العراق ألفاً ، بينما في ايران خمسمأة لوجود التضخم على الضعف في العراق، أو التنزل بقدر النصف في الثاني، وان لم يعين بلداً خاصاً لزم على الوارث أو الوصي مراعاة الغبطة في الوصية ، لانه المنصرف من الوصية، فاذا أوصى بأن يذهب حرم الامام أمير المؤمنين عليه السلام، أو الامام الرضا عليه السلام، بمأة مثقال، وهي ثلث في ايران، بينما نصفه ثلث في العراق لزم تذهيب حرم الامام الثامن .

نعم، اذا كانت هناك جهة مرجحة بالنسبة الى الاول مما يتقدم على الغبطة فيما يفهم من الوصية ـ ولو ارتكازاً ـ مراعاتها قدم الاول ، والله سبحانه العالم.

مسألة ـ ٧ ـ ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أوبكلى كمـأة دينار مثلا أنه اذا اتلف من التركة بعد موت الموصى يرد النقص عليها أيضاً بالنسبة كما فى الحصة المشاعة، وان كان الثلث وافياً وذلك بدعوى ان الوصية بهما

(مسألة ـ ٧ ـ ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة) كهذه المأة (أو بكلي كمائة دينار مثلاً أنه إذا اتلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليها أيضاً) فسره بقوله: [كما في..] (بالنسبة) بين الموصى به ويأتي التركة (كما في الحصة المشاعة) فكما انه اذا أوصى بالثلث وتلف الخمس من المجموع قسم ذلك الخمس المتلف على الأربعة الباقية فيذهب من حصة الوارث اثنان، و من حصة الميت واحد ففيما كان المال ثلاثين وتلف ستة بقي من الثلث ثمانية، ومن ثلثي الوارث ستة عشر، كذلك اذا أوصى بما يعادل الثلث، مثل ان اوصى بكتاب قيمته عشرة او بعشرة دنانير خاصة، او اوصى بعشرة دنانير على نحو الكلي .

(وان كان الثلث وافياً) بكل ما اوصى، اي ليس النقص على الموصى به لاجل ان الثلث ـ بعد النقص ـ لايفى بما اوصى ـ كما في مثالنا السابق، حيث لايفى الثلث، فان الثلث حينئذ ثمـانية من اربعة وعشرين، بينمـا الموصى به عشره ـ و مثال مايفى الثلث ، كما اذا اوصى بخمسة من الثلاثين فتلف خمسة فانه يبقى خمس وعشرون، حتى اذا اعطينا خمسة الموصى بها ، لم يكن زائداً على الثلث .

(وذلك بدعوى أن الوصية بهما) أي بالعين المعينة أوالكلي، والمرادبأي

ترجع الى الوصية بمقدار ما يساوى قيمتها فيرجع الى الوصية بحصة مشاعـة ، والاقوى عدم ورود النقص عليهما مادام الثلث وافياً و رجوعهما الى الحصة المشاعة فى الثلث أو فى التركة لا وجـه له

منها، مثل : [وانظر الى طعامك وشرابك لم يتسنه] (ترجع الى الوصية بمقدار مايساوي قيمتها فيرجع) بالاخرة (الى الوصية بحصة مشاعة) فيكون حال مثل هذه الوصية كحال الوصية بالمشاع.

وقد اشار المصنف بذلك الى ماذكره الجواهر قال: انما الاشكال فى ان هذا ونحوه[يعني الوصية بشيء معين أو بمقدار كلي كمأة دينار] هل يرجع الى الوصية بحصة مشاعة من الثلث حتى ان التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة، لانه كالوصية بربع الثلث مثـلا، أو انه لايرجع الى ذلك، بل هو كلي مضمون في الثلث حتى انه لولم يبق منه الا مقدار مايساوي ذلك نفذت الوصية؟ فيه وجهان منشأهما ان الكلي يملك في الخارج، لا على جهة الاشاعة على وجه تشمله عمومات الوصية مثلا، أو انه لايملك الا على جهة الاشاعة الا ماخرج بالدليل كبيع الصاع من الصبرة، بناءاً عليه لخبر الاطنان ـ انتهى.

(و الاقوى عدم ورود النقص عليهما) لاطلاق دليل العمل بالوصية اذا لم تزد على الثلث فلا يرد النقص على الموصى به لانه خلاف ذلك الاطلاق(ما دام الثلث وافياً) كما تقدم في مثال الوصيـة بخمسة من ثلاثيـن (ورجوعهما) الوصية بعين معينة أو بالكلى كمأة (الى الحصة المشاعة في الثلث، أوفي التركة لاوجه له) لانه خلاف المفهوم من الوصية بهما.

خصوصاً في الوصية بالعين المعينة

(خصوصاً في الوصية بالعين المعينة) اذ لاوجه للاشاعة بعد التعيين، فاذا

كانت له ثلاثة دور، وقال: اعطوا هذه ثلثا فذهب بها السيل، سواء قبل موته أو بعد موته بطلت الوصية، كما انه لو ذهب بالدارين الاخريين بعد موته بقيت الوصية كاملة، وذهب حق الوارث.

وأما اذا ذهب بهما حال حياته كان ثلث الدار الباقية للوصية وثلثاها حسب اجازة الوارث ، لان بذهاب الدارين صار مال الميت منحصراً في دار ، ولا تصح الوصية في أكثر من ثلثها الابالاجازة.

ولو كان ثلثمائة دينار، وقال: اعطوا مأة ثم تلف مأة من المال في حياته كان له ثلث مأتين الا اذا أجاز الوارث، وان تلفت المأة بعد وفاته كان التلف من مال الحي، واللازم اعطاء المأة كاملة، وربما يقال: هذه الثلثمأة الباقية ثلثها له و ثلثاها لهم، فلماذا يكون التلف من مال الوارث فقط، ويؤيده انه لو ذهب كل المال لم يكن له شيء فكما اذا ذهب الكل،كان الذاهب كل ما لكيلهما كذلك اذا ذهب البعض كان الذاهب بعض من هذا وبعض من ذاك،كما اذا تلف كل مال الشركة أو بعض مال الشركة، ولاوجه لقياس ذلك بما اذا قال: اعطوا هذه الدار، لان في الوصية بها افراز بخلاف ماذا لم يفرز ومثل قوله: اعطوا هذه الدار قوله: اعطوا هذه المأة الخاصة .

وعليه فلافرق في التلف منهما بالنسبة بين أن يقول: [اعطوا مأة] أو يقول [اعطوا الثلث] و ليس [اعطوا مأة] مثل اطنان القصب ، اذ [اوفوا] يقول:

اعطه مأته مادامت باقية [اذا اشترى مأة طن من مأتي‌طن مثلا] فالعقد عقد على ذلك فهما يبنيان على اعطاء مأة [بقي الباقي أم‌لا؟] فى قبال المال وليس‌المقام كذلك، اذ حق الميت داخل في الكل، فاذا أصاب، بعض الكل عطب أصاب كلا من الميت والوارث بنسبته، وان‌كانت المسألة بعد بحاجة الى‌التأمل .

مسالة ــ ٨ ــ اذا حصل للموصى مال بعد المـوت ، كما اذا نصب شبكة فوقع فيهاصيد بعد موته يخرج منه الوصية، كما يخرج منـه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المـال أيضاً مثلا

(مسألة ـ ٨ ـ اذا حصل للموصي مال بعد الموت ، كما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية) أي بقدر الثلث، وان لم يكن التركة بقدر ثلاثة اضعاف ماأوصى، مثلا أوصى بمأة، وكل تركته مأتان وحصل بعد موته ماقيمته مأة، فأن المأة تعطى ثلثاً له بلاحاجة الى اجازة الورثة.

(كما يخرج منه الديون) لانه مال الميت، وقد نص على ذلك غير واحد كالجواهر وغيره، وذلك لان الصيدمتعلق حقه، حيث انه نصب الشبكةوالاثر تابع للمؤثر تبعية النماء لذي النماء ـ كما في المستمسك ـ .

(فلو كان أوصى بالثلث أوالربع أخذ ثلث) أوربع (ذلك المال أيضاًمثلا) وانما قال: مثلا باعتبار انه لايلزم الاخذ من عين ذلك ، بل يجوز الاحتساب بقدر ثلثه أوربعه من باقي التركة ، كما يجوز اعطاء الوصاية من ذلك المال، لامن سائر التركة، اذ لاخصوصية في اعيان أموال الميت ، فاذا أوصى بالعين لزم الاعطاء من العين ، واذا وصى بالاعم جاز من العين وغيره ، واذا اوصى بالقيمة لزم الاعطاء من القيمة، لاطلاق دليل نفوذ الوصية وثمن تبديل العين الى القيمة اذا أوصى بالقيمة أو تبديل القيمة الى العين ـ كما اذا وصى باعطاء ملابس، وكانت عنده نقود، والوزان والكيال والحافظ وغيرهم على الثلث، اذ لاحق للميت في أكثر من ثلثه فليس المقام مثل الزكاة، حيث اختلفوا في ان

واذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها

تلك الاثمان على الزكاة أوعلى رب المال .

نعم، لووصى بالاعم لايحق للوصى التبديل المستلزم للمال، لانه تنقيص عن الوصية بدون سبب.

ومما تقدم يعلم، انه لولم يمكن تنفيذ الوصية الا بنقد المال الى بلد آخر مما يستلزم اجرة ونحوها ، أواعطاء الظالم مصانعة أوماأشبه صرف من نفس الثلث الموصى به، اذ لا حق للميت فى أكثر من ثلثه .

(واذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت) العين (منه) أي من الثلث (بضم ذلك المال) الذي جاء بها الشبكة ونحوها (نفذت) الوصية (فيها) أي فى تلك العين، مثلا ،كانت له مأتا دينار فأوصى بمأة منها [حيث تزيد على الثلث حال الموت] لكن جائت الشبكة بالسمك الذى يساوى مأة دينار فانه حيث ينضم الى ملك الميت ـ على ماتقدم ـ تنفذ الوصية فى المأة، وكذلك اذا أوصى بما يساوى المأة فى المثال.

ومن ذلك يظهر، وجه النظر فى كلام المستمسك قال: يشكل بان النصب حال الوفاة يكون للوارث، لانه غير موصى به واذا كان النصب للوارث يكون أثره وهو الصيد له لاللميت حتى تخرج منه وصيته نظير مااذا ترك شاتين قد أوصى بأحديهما بعينها لزيد وكانتا متساويتين في القيمة، فأنه ترد الوصية في سدس الشاة الموصى بها فاذا ولدت الشاة الاخرى لم يكن متداركاً به النقص

وكذا اذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلا، بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث

لانه ملك الوارث لاغير - انتهى .

وفيه أولا: ان النصب ليس للوارث ، وقد سلم المستمسك قبل ذلك بان النصب فعل الميت والصيد أثره.

وثانياً: ان المثال غير منطبق على المقام فان ولادة الشاة الاخرى للوارث لاللميت فليس ولد الشاة مثل صيد الشبكة .

(وكذا اذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلا) ولم يكن له حين الموت الا مأتين وجائت الشبكة بما قيمته مأة - كما تقدم - ومما تقدم يعلم، أن اشكال المستمسك في هذا أيضاً غير ظاهر الوجه أيضاً.

(بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث) فاذا أوصى بكل مايملك ثم قتل بما صار كل مايملك مع الدية بقدر ثلاثة اثلاث ما اوصى نفذت كل الوصية، وكذا اذا لم يكن له مال واوصى وقتل خرج ثلث الدية لما اوصى، وكون الدية مما يكون فيها الثلث مجمع عليه، كمايظهر من عدم مخالف فيه بالاضافة الى دعوى الاجماع المستفيضة فيه ويدل عليه متواتر النصوص:

كصحيح محمد بن قيس قال: قلت له: رجل اوصى بوصية من ماله ثلث اوربع، فيقتل الرجل خطاءاً يعني الموصى؟ فقال: يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته.[1]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ١ .

كمـا يخرج منها ديونه اذا كان القتل خطاءاً ، بل وان كان عمداً و صالحوا على الدية

وخبر السكوني، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: من اوصى بثلثه ثم قتل خطاءاً، فان ثلث ديته داخل في وصيته[1].

أقول: المراد بثلث الدية المثال والا فان كانت الوصية اقل من الثلث كان بذلك القدر داخلا في الوصية.

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام، في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصي فودي فقضى في وصيته انها تنفذ من ماله ومن ديته، كما أوصى[2].

وعن الجعفريات، بسنده الى علي عليه السلام، انه قال: في رجل أوصى، ثم قتل خطاءاً، قال: ثلث ديته داخل في وصيته[3]. الى غيرها من الروايات.

(كمايخرج منها ديونه اذا كان القتل خطاءاً) الشامل لشبه العمد في المقام (بل وان كان عمداً وصالحوا على الدية) أو اعطوا دية كاملة، لان الوارث له الحق في الثلاثة العفو والقصاص والدية كاملة أو صلحاً. وهل يصح له العفو أو الصلح؟ والميت مديون والصلح لايكفي بدينه؟ احتمالان من انه حق غيره، أي الميت

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

للنصوص الخاصة

حين كان مديوناً، ومن اطلاق أدلة الامرين كأطلاق، أدلة العفو؟ الاحتياط في الاول خصوصاً اذا لم يكن بيت مال يدفع دين الميت، أو كان، ولكن كان الدين مما لايدفع منه ، كما اذا صرفه في المعصية ، وذلك لبعض الروايات المانعة عن الاخذ بالاطلاق .

مثل مارواه الكليني [ره]، عن أبي بصير قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال ، فهل لاوليائه ان يهبوا دمه لقاتله وعليه دين ؟ فقال عليه السلام : ان أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل ، فان وهبوا أوليائه دية القاتل فجائز، وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء والا فلا .[١] فتأمل .

(للنصوص الخاصة) : مثل خبر عبدالحميد قال : سألت أباالحسن الرضا عليه السلام، عن رجل قتل وعليه دين وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم ان يقضوا الدين؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً ؟ قال عليه السلام : انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين.[٢]

ونحوه خبر يحيى الازرق ، عن ابى الحسن عليه السلام،[٣] فان اطلاقهما شامل للعمد ، بل هو صريح رواية أبي بصير المتقدمة .[٤]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ذيل ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ذيل ح ٢ .

مضافاً الى الاعتبار وهو كونه احق بعوض نفسه من غيره، وكذا اذا أخذ دية جرحه خطاءاً بل أو عمداً .

وخبر ابى بصير، عن ابى الحسن موسى عليه السلام، [اوعلي بن حمزة عنه عليه السلام] قال: قلت: فان هو قتل عمداً وصالح اوليائه قاتله على الدية، فعلى من الدين على أوليائه ام من الدية ، أوعلى امام المسلمين ؟ فقال عليه السلام: بل يؤدون دينه من ديته التى صالح عليها أوليائه فانه احق بديته من غيره .

هذا بالاضافة الى الاجماعات المحكية في المسألة والشهرة العظيمة المحققة قال في الجواهر: وانه لم يخالف فيه الاما يوهمه كلام ابن ادريس في باب قضاء الدين عن الميت وهو اجتهاد في مقابلة النص .

(مضافاً الى الاعتبار وهو كونه احق بعوض نفسه من غيره) وهـذا أمر واضح ، وقد اشير اليـه في النص المتقدم حيث قال عليه السلام : فانه احق بديته .

وأما ماذكره السيدان الجمال والحكيم في وجه الاحقية فهو توضيح لمـا هو مركوز في الاذهان والماع الى شرح النص المذكور فراجع كلامهما .

(وكذا اذا أخذ دية جرحه خطاءاً بل أو عمداً) لانه يملك الديتين فتكون كسائر أمواله ، والمراد بالجرح أعم من قطع عضو أو اذهاب قوة أو جرح، كما هو واضح .

ثم انه قد يصالح فى حياته عن العمد بالدية، وقد يريد القصاص ، لكنه لم يقتص حتى مات وصالح وليه، فان المال يكون له ويكون أولى به من الوارث، أما اذا لم يصالح وليه وأراد القصاص ـ لانه حق وليه ـ يكون الكلام فيه

كما تقدم في قتل العمد .

وهذا آخر ما كتبه المصنف [ره] في [كتاب الوصية] وهو آخر المجلد الاول من العروة الوثقى، والحمدلله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

فصل

حيث كانت بقايا مسائل الوصية غيرمكتوبة فى المتن نحن نذكرها ؛ والغالب ان نسير فيها على اسلوب الشرائع، والله الموفق المستعان .

(مسألة ـ ١ ـ) لاتصح الوصية بصرف المال فى المعصية القطعية لمن كان عنده ذلك الشيء عصياناً .

قال في الشرائع: ولاتصح الوصية في معصية .

وقال في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه ، كمااعترف به غيرواحد، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ـ انتهى .

ويدل عليه بالاضافة الى قوله سبحانه : «فمن خاف من موص جنفاً اواثماً فأصلح بينهم فلااثم عليه»(١) جملة من الروايات :

مثل ماروواه الكلينى [ره] عن محمد بن سوقة قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى: «فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»(٢)

---

(١) البقرة : آية/١٨٢ .

(٢) البقرة : آية/١٨١ .

قال: نسختها الاية التي بعدها قوله تعالى: «فمن خاف من موص جنفاً أو اثما فأصلح بينهم فلا اثم عليه»[(١)] قال: يعني الموصى اليه ان خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فلا اثم عليه، اى على الموصى اليه ان يرده الى الحق والى ما يرضى الله عزوجل فيه من سبيل الخير.[(٢)]

اقول: الظاهر ان المراد من النسخ التخصيص.

قال في الوسائل: فانه نسخ في بعض الافراد، وهذا المعنى كثير في كلامهم عليهم السلام - انتهى.

وذكر غيره مثله ايضاً، والظاهر ان المراد النسخ في الظاهر والا فالاية منصرفة عن الجنف والاثم.

وفي حديث محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام، في رجل توفى واوصى بماله كله او اكثره؟ فقال: الوصية ترد الى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه واتى في وصيته المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف، ويترك لاهل الميراث ميراثهم.[(٣)]

والظاهر ان المراد بالجنف الميل عن الحق كان يوصى بأكثر من ثلثه ولو في سبل الخير وبالاثم الوصية بالحرام، كما اذا اوصى بان يشترى بثلثه الخمر مثلا، وان كان بقدر الثلث، وانما قلنا [في المعصية القطعية] اخراجاً لما اذا كان بين المورث والوصى اختلافاً في الاجتهاد او التقليد، كما اذا اوصى بأن يزوج

---

(١) البقرة: آية/١٨٢.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٢ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ٣.

بنته بأخيها من الرضاعة اذا كان بينهما عشر رضعات، بثلثه مثلا: وكان الوصي يرى ذلك حراماً اجتهاداً او تقليداً، فهل ينفذ الوصية باعتبار انه لايعلم انه اثم اولا ينفذ باعتبار انه متعبد باجتهاده او تقليده؟ لايبعد الاول- اذا لم يكن اجتهاد او تقليد الولد او البنت الحرمة- لانه لايعلم انها جنف او اثم،فعموم اواطلاق لزوم تنفيذ الوصية يشمله، وان كان لايخلو من تأمل وانما قلنا:[لمن كان عنده ذلك الشيء عصياناً] لانه اذا كان الموصى لايراه عصياناً لزم تنفيذ الوصية ، كما اذا اوصى المجوسي بتزويج بنته من ابنه بمهر منه، فان قاعدة الالزام تجعل ذلك جائزاً، وان كان الموصى اليه يرى حرمته، ولذا نقسم ارثهم بينهم حسب رأيهم لاحسب رأينا .

وكذا في سائر الكفار من اهل الكتاب وغيرهم،بل والمخالف ايضاً،فاذا اوصى ان يزوج بنته التى طلقت بدون شهود عدول بمال منه صح تزويجها ، وان كان الزواج عندنا باطلا، لان الطلاق عندنا باطل، وهل المراد بالاصلاح في الاية جعل الوصية بحيث تصح، وان لم تكن حسب ما قال الموصى: اولغو الوصية اصلا .

قال الجواهر بالثاني قال: كما ان الظاهر ارادة ما لاينافى البطلان من التبديل الى الحق ، لان المراد تبديل الوصية بتعمير الكنيسة مثلا ، الى تعمير المسجد والوصية باعانة الظالم على ظلمه الى اعانة المطيع من حيث هو كذلك ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الادلة خلافه الى آخر كلامه .

لكن يمكن ان يقال: ان الوصية بالحرام على نوعين :

الاول: ما تكون على نحو وحدة المطلوب، وحينئذ تبطل الوصية ويصرف

المال في الارث ونحوه .

والثاني : ما تكون على نحو تعدد المطلوب ، و لو علم ذلك من ارتكاز الموصى، كما قالوا في ارتكاز الوقف ، بل ورد مثل ذلك فى ارتكاز الموصى ايضاً، كما تقدم في بعض الروايات، فانه حينئذ يفعل المطلوب المرتكز، كما اذا اوصى بصرف ماله في الخمر في زواج ولده و علم منه ان ارتكازه ضيافة المحتفلين بشراب ينعشهم مطلقاً ، و ان كان مطلوبه الاكيد الخمر ، فانه يصرف في شراب محلل ، اذ يشمله اطلاق ادلة الوصية ، بالاضافة الى عدم بعد ظهور الاية وبعض الروايات فيه ، مثل ما تقدم من قوله عليه السلام: [من سبيل الخير] (١) .

ثم انه يظهر مما ذكرناه في الكافر وجه النظر في قول الجواهر : ولافرق فى ذلك كله بين المسلم والكافر المشتركين فى الفروع عندنا .

وقال الجواهر: والضابط ان كلماجاز فعله حال الحياة جازله الوصية به، و كلما لم يجز له ذلك لم يجز له الوصية به ، و بذلك يفرق بين المعابد وغيرها كالقنطرة والخان ونحوهما ، وبين كتابة التورات مثلا : للنقض وغيره .

اقول: وبذلك يظهر ان تأييده للمحقق فى بطلان الوصية بمال الكنائس و البيع غير ظاهر الوجه، اذ بنائهم الكنائس فى بلادهم التى ليست تحت نفوذ الاسلام او ترميمهم لها التى هى فى بلاد الاسلام لم يدل الدليل على عدم جوازه، بل ظاهر قوله سبحانه: «لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد» (٢) ان ذلك محبوب لله

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) سورة الحج : الآية/٤٠ .

في الجملة في قبال الالحاد، اللهم الا ان يراد بالاية كل في زمان صحته وعدم نسخ شريعة المعتقد به، لكن بنائهم على جواز الترميم، كما ذكروا في [كتاب الجهاد] ولعله لذا قيد الجواهر كلام الشرائع [للكنائس] بقوله التي هي معابد النصارى ومحال سبهم للحق واهله والعبادات الفاسدة، وكيف كان فهل يفرق بين ما اذا كان الموصى مسلماً، وبين كونه كافراً؟ الظاهر العدم اذا كان في وصية المسلم جهة رجحان، كما اذا اوصى بمال لبناء كنيسة في بلد الكفر لاجل اعطاء الدولة اجازة بناء المسجد هناك، ففي الكافر يصح مطلقاً، وحيث يصح في المسلم مع المصلحة، وعليه يلزم ان يقيد كلام الجواهر بذلك، حيث منع عما اذا كان الموصى مسلماً .

نعم، ينبغي ان يقال : ان المسلم العـامي الذي يرى في مذهبه جواز ذلك تنفذ وصيته لقاعدة الالزام[1]، وان لم يكن للوصية وجه مرجح عندنا .

ثم انه قال في القواعد : والاقرب صحة الوصية للذمي ، وان كان اجنبياً والبطلان للحربي والمرتد .

اقول: لم يذكر الوصية لغيرهما كالمعاهد ممن ليس ذمياً و لاحربياً ، و الظاهر صحة الوصية للكل لاطلاق ادلة الوصية من غير محذور ، الا اذا كان هناك محـذر خاص ، مثل كونها تقوية للكافـر على فساده ، وذلك لا يخص بالكفار ، بـل كذلك الوصية للمخـالف و الفاسق ، فهو ليس بـاستثناء عن الحكم الاولى، بل له خروج موضوعى، لان الحكم بعدم الجواز حينئذ ثانوى ولذا كان المحكى عن الخلاف والمبسوط انهما قالا: ان الوصية جائزة لاهل

---

(١) الحج : آية/٤٠ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من الميراث ح ٢ .

الذمة بلا خلاف ، وفى اصحابنا خاصة من قيدها بما اذا كان من قراباته و لم يشترط الفقهاء بذلك .

وعن الكافى تقييد الصحة للاجنبى الكافر بما اذا لم يجعلهـا صدقة ، و فى كلا التقييدين نظر، اذ هما منافيان للاطلاق من غير مقيد ظاهر ، كما ان عدم صحة الوصية للحربى- اذا لم يكن محذور خارجى- لادليل على ان فيهاالبأس وان ادعى عليه الاجماع، لكنه غير تام بعد مخالفة جماعة ، وسيأتى الكلام فيه عند تعرض الشرائع له، انشاء الله تعالى .

(مسألة ـ ٢ ـ) الوصية عقد أو ايقاع جائز يصح للموصى الرجوع فيها حتى اذا أوصى بالواجب ، اذ الرجوع لايضر الواجب ، وانما يجعل الواجب كما اذا لم يوص ، ولو نذر ان يوصى فأوصى ثم رجع ، فان كان نذره مجرد الوصية لم يضر ، وان كان نذره الوصية مع بقائه عليها كان حنثاً ، لاان وصيته باقية بعد الرجوع ، ويحقق الرجوع بالتصريح به لفظاً بلا اشكال ، بل في الجواهر بلاخلاف ، فاذا قال : رجعت أو نقضت أو فسخت أولاتعطوه ما أوصيت به له ، أولاتفعلوا ماامرت بفعله أو ماأشبه ذلك ، كان رجوعاً .

وكذا يصح الرجوع في البعض ، أو في الشرط ،كما اذا أوصى باعطاء زيد الفاً ؟ فقال : بل خمسمأة أوأوصى باعطائه ان أخذ في تحصيل العلم؟ فقال: بل مطلقاً ، وذلك لاطلاق أدلة الرجوع من القاعدة والروايات المتواترة .

فعن ابن مسكان ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ، ان المدبر من الثلث وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها مالم يمت (١) .

وعن يونس ، عن بعض اصحابه قال : قال علي بن الحسين عليه السلام ، للرجل ان يغير وصيته فيعتق من كان امر بملكه ويملك من كان امر بعتقه ويعطى من كان حرمه ويحرم من كان اعطاه ما لم يمت (٢) .

وعن عبيدبن زرارة قال : سمعت اباعبدالله عليه السلام ، يقول : المموصى ان يرجع في وصيته انكان في صحة اومرض (٣) .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٣ .

وعن بريد العجلي ، عن ابى‌عبدالله عليه السلام ، قال : لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً .(١)

وعن محمد بن عيسى بن عبيد قال : كتبت الى علي بن محمد عليه‌السلام رجل اوصى لك بشيء معلوم من ماله، واوصى لاقربائه من قبيل ابيه وامه ثم انه غير الوصية فحرم من اعطى واعطى من منع ايجوز ذلك ؟ فكتب عليـه السلام : هو بالخيار فى جميع ذلك الى ان يأتيه الموت .(٢)

وعن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل قال ان حدث بي حدث في مرضى هذا فغلامي فلان حر ؟ فقال أبو عبد الله عليـه السلام: يرد من وصيته مايشاء ويجيز مايشاء.(٣)

وعن عبد الرحمان بن سيابة، عن أبي عبد الله عليه‌السلام، قال: اذامرض الرجل فأوصى بوصية عتق أوتصدق فانه يرد مااعتق وتصدق ويحدث فيها ما يشاء حتى يموت، وكذلك أصل الوصية.(٤)

وعن محمد بن مسلم ، قال سألت أبا جعفر عليـه السلام، عن رجل دبر مملوكاً له ثم احتاج الى ثمنـه؟ قال: فقال: هو مملوكه ان شاء باعه، وان شاء اعتقه، وان شاء امسكه حتى يموت، فأذا مات السيد فهوحر من ثلثه.(٥)

وفي رواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، مثله بتغيير، وفيه: و

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٨ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١٠ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١١ .

ان شاء وهبه، وان شاء امهره.[1] الى غيرها من الروايات.

ومن هذه الروايات كالفتاوى يظهر انه لو أوصى بداره لزيد ، ثم اوصى بها لعمرو بطلت الاولى، لعدم امكان ملك نفرين لدار واحدة، ولافرق في ذلك بين ان كان نسي الاولى أو لا؟ .

ومنه يعلم، الاشكال فيما عن جامع المقاصد ، حيث قال: ولو دلت قرينة على صدور الوصية الثانية لنسيان الاولى وانه لم يرجع عنها، فان العمل بالاولى حينئذ، وانما قلنا بعدم صحته، اذ الرجوع رجوع سواء كان مبعثه النسيان أو العمد، واطلاق الادلة يشمل النسيان كأطلاق الفتاوى فلا مجال لاستصحاب بقاء الوصية الاولى.

أما لو قال: اعطوا فلاناً الفاً، ثم قال : بعد مدة اعطوا فلاناً الاخر ألفاً، و كان ثلثه بقدر ألف، فان علم انه رجوع فهو، وان علم انه اراد اعطاء الثاني من التركة المتوقف على اجازة الورثة بقيت الاولى واحتاجت الثانية الى الاجازة وان لم يعلم انه ايهما، فمقتضى قاعدة العدل تقسيم الالف بينهما، وان لم نقل بقاعدة العدل كان اللازم اتباع الاصول.

ولو أوصى له بألف هذا، وبألف آخر، فهما ألفان قطعاً.

ولو أوصى بمطلقين، اومطلقاً ومقيداً، كما لو قال : هذا الالف ثم الفاً، قال في القواعد: هي واحدة، وقال: لو اوصى بألف ثم بألفين فهي الفان، وتبعه فيهما جامع المقاصد.

قال في الجواهر: لكن لايخلو من تأمل مع فرض عدم القرينة في الاستثناء

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٨ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١٢ .

الذى لايتصور في تكراره التأكيد، نعم هو كذلك في الاقرار.

أقول: ظاهر الوصية الثانية التأكيد، فهو كما ذكره العلامة والكركي[ره] واصالة التعدد لامجال له مع الظهور، ولوشك كان الاصل عدم الزيادة،ولافرق في ذلك بين الاقرار والوصية، واحتمال ان الاصل في الكلام الثاني التأسيس مردود بالظهور الذى ذكرناه.

نعم، اذاكان هناك ظهور بالقرينة تعددت، كما اذاكان يقرأ ديونه من الدفتر فقال: يطلبني زيد عشرة، ويطلبني عمرو خمسة ، ويطلبني بكر عشرون ، و يطلبني زيد عشرة،كان الظاهر التعدد، وكذلك في باب الوصية .

وعلى كل حال، ففي الشرائع، ويتحقق الرجوع بالتصريح أوبفعل ماينافي الوصية ، فلو باع ما اوصى به، او أوصى ببيعه أو وهبه واقبضه او رهنه كان رجوعاً .

أقول: وكان عليه ان يذكر الاشارة والكتابة والكناية وماأشبه ذلك، كما ان من الرجوع ـ حكماً ـ مالوانتفى الموضوع، كما اذا اوصى ان مايرثه من فلان يصرف في كذا، ثم قتل مورثه عمداً لانتفاء الموضوع كما هوواضح.

ولوفعل مقدمات الناقض، كما اذا عرضه على البيع ، فعن المسالك انه رجوع الا اذا دلت القرينة على عدم ارادة الرجوع بذلك، وأشكل عليه الجواهر بأن ذلك دليل كون الموصى قد قصد شيئاً لوتحقق لابطل الوصية قهراً ، ولا دلالة في ذلك على ارادته انشاء الرجوع بعد احتماله وجوهاً متعددة.

اقول: انكان ظهور عرفي لمقدمات العمل فهو ، والا فان شك فالاصل عدم رجوعه، وكذا في ماأشبه التعريض للبيع.

ولو شك في انه هل رجع عن الوصية أم لا ؟ كما اذا قال لغيره: هل أبيعه الك او أهبه او ما أشبه او باع خياراً، او وهب ولم يقبض، او وقف كذلك، او رهن او ما اشبه استصحب عدمه اذا لم يكن عرف يستفيد من عمله الرجوع، او من قوله ذلك، فأن الانسان اذا عرض للبيع او امر على بيعه، او ما اشبه يفهم العرف انه راجع عن وصيته، اما مثل بيع الخيار فأظهر، وان ارجعه بالخيار الى غير ذلك.

قال في الجواهر: قد يقال: ان الهبة قبل القبض والرهن من المنافي فان الاعداد لذلك مناف، فان الموصى به ينافيه تعلق عقد الهبة به، لكنه لا يخلو من نظر او منع، خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الوصية ـ انتهى.

ولو تصرف في الموصى به تصرفاً أخرجه عن مسماه، كما اذا اوصى بطعام فطحنه، او بدقيق فعجنه، او خبزه، فقد ذكر الشرائع وغيره بأنه يحقق الرجوع وعللوه بأنه كتلف محل الوصية المقتضي لبطلانها من غير حاجة الى قصد، لكن الظاهر انه اذا كان الظاهر من عمله الاعراض، والا لم يكن وجه المبطلان خصوصاً وقد ذكر بعضهم انه يبطل الوصية اذا وقعت الامور المذكورة لا بفعله، فانه كيف يبطل اذا لم يكن بفعله، بل قد يكون مما بفعلة ايضاً غير مبطل كما اذا كان قريب الموت وفعل ذلك تهيئة لمن يعيلهم حتى لا يقعوا في حرج الطعام بعد موته، كما اعدت فاطمة الزهراء (عليها السلام) اولادها حين علمت بوفاتها [(١)].

نعم، اذا علم ولو بالقرائن، او دلت القرائن الموجبة للظهور، انه رفع

---

(١) في السيرة والسنة .

اليد بطلت، كما اذا احتاج زيد للحنطة حتى يزرعها فطلب منه ذلك، فقال: هي لك بعد وفاتي، ثم طحنها كان ذلك ابطالا للوصية.

وكيف كان، فاذا كانت قرينة على احد الطرفين فهو، والا كان الاستصحاب محكماً، ولعل من قال ببطلان الوصية بالطحن ولو بدون فعله نظر الى ما كان نظره الحنطة بما هي هي، لان الطحن يخرج الحنطة عن كونها متعلق الوصية فهو كما اذا احرق الحطب حتى صار رماداً، وقد كان وصى باعطائه، اذ الرماد غير الموصى به، وان كانت له فائدة بل قيمة ايضاً، وكان المسالك نظر الى ما ذكرناه، حيث علل البطلان بانتفاء الاسم، ولذا أعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الوصي ذلك لمصلحة العين كدفع الدود عنها ونحوه، ولا يرد عليه قول الجواهر بأن كلامه لايكاد يلتئم أطرافه، وبانه اذا كان المدار انتفاء الاسم يتجه البطلان مطلقاً.

ولو قال: مافي البيت لزيد وكانت بيوضاً ودجاجات وبطات ونحوها، ثم كبرت الافراخ وباضت الدجاجات واستفرخت البيوض فالظاهر عدم بطلان الوصية بالتغيرات المذكورة.

ولو قال: هذا الحيوان لزيد فحملت، فهل يدخل الحمل لانه جزء أو لا؟ احتمالان، فهو مثل قوله: هذه الشجرة لزيد ثم حملت، أما خروج اصل الحيوان والشجرة للتغير الحاصل فيهما فالظاهر العدم.

ولو قال: هذه النويات له فزرعت واعشوشت كان الاحتمالان، ولو قال: هذا الحيوان، وقد كان قد قرض صوفه، ثم اخرج لم يضر ذلك، ولو قال: هذه الدار، ثم عمر فيها طابقاً ثانياً فالظاهر عدم كون ذلك من الرجوع، بل صار الكل للموصى له.

نعم، ان رأى العرف الطابق الثاني خارجاً لم يدخل في الوصية بخلاف مثل تبيض الجدران واصلاح الباب ونحوهما، حيث ليس ذلك اعراضاً .

ولوقال: هذه الدفاتر لزيد، ثم كتب فيها كان الحكم العرف، اذ قديكتب فيه علومه مما لايريد ـ حسب الظاهر ـ انتقاله عن مكتبته ، وقد يكتب فيها الادعيةوعادته كتابتها واهدائها للناس فلايظهرمنه الاعراض، ولوشك فالمحكم الاستصحاب كما تقدم ، ولو أوصا باعطائه مياهه فتثلج لم يضر لوحدة الامر عرفاً .

أما لوأوصى باعطائه اخشابه فجعلها بيباناً وصناديق يشكل البقاء الا اذا رآه العرف كالنجار الذي يوصي باخشاب دكانه لابن عم له تلميذ عنده مثلا ، ولو أوصى له بفرسه وقيمته عشرة ثم علمه السباق فصارت قيمته مأة ، فهل هو رجوع ؟ الظاهر لا، ولوشك فالاستصحاب، ولوأوصى بشياهه ثم قرض صوفها لم يكن رجوعاً .

قال في الشرائع : وكذا لوأوصى بزيت مثلا فخلطه بما هو اجود منه أو بطعام فمزجه بغيره حتى لايتميز.

بل قال المسالك : ظاهرهم القطع بكونه رجوعاً لتجدد وصف لم يعلم الرضا ببذله مع عدم امكان الفصل ولكونه كالتلف .

أقول : المزج سواء كان بالمثل أو بالاردء أو الاجود لايدل بنفسه على الرجوع الا اذا كانت قرينة ، ولوأوصى بدقيقه لزيد ، وبدهنه لعمرو فمزجهما وخبزهما، فهل هو بطلان أو لا ، بل يشتركان بالنسبة؟ احتمالان ،كما ذكرنا في خلط الزيت، اذلافرق بين المزج بماله أوبما أوصى به، بل أو بمال غيره .

ولذاقال في الجواهر: بعد ذكر بعض الامثلة المتقدمة: والمتجه عدم اقتضاء

شيء من ذلك الرجوع مالم تقم قرينة تدل عليه ـ انتهى .

ومماتقدم يعلم، حال ماإذا خلط الموصى به ،كماإذا أوصى بصاع صبرة ـ وكانت متميزة ـ ثم خلطه بصبرته، مثلا: أمالو خلطه غيره من انسان أوريح أوماأشبه فأولى بعدم الشبهة في انه ليس برجوع .

قال في الشرائع: وأمالو أوصى بخبز فدقه فتيتاً لم يكن رجوعاً .

أقول: اذا لم يكن ظهور، والا كان كما اذاعرض الشيء للبيع والتلف ،كما اذا جائه الحمام فأخذ يدقه ليلقيه اليهما .

(مسأله ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : ولو أوصى الى انسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها علم ان الربح بينه وبين الورثة نصفان صح، وربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل، والاول مروى .

وقال في القواعد: ولو أوصى بالمضاربة بتركته أجمع على ان نصف الربح للوارث صح .

أقول : مقتضى القاعدة ان وصية الميت بمعاملة، سواء كانت بقدر عادل ، أو بقدر غير عادل ، كما اذا أوصى بان تباع داره، أو توهب ببدل او لا، أو يزارع بستانه ، أو يجعل الجعل لمن وجد ضالته، الى غير ذلك ان كانت بالنسبة الى مقدار الثلث تصح لاطلاق أدلة الوصية ولا محذر في كون الوصية خلاف المصلحة بان أورثت الغبن ، مثلا : اذ هي ، كما اذا عمل هو بذلك في حال حياته .

نعم ، اذا كانت المعاملة غبنية وعملها جاهلا بالغبن كان للوارث الفسخ لانتقال حق الخيار الى الوارث .

أما اذا اوصى بها فهل يعامل الوارث تلك المعاملة الغبنية مع علمه بالغبن، ثم كان له حق الفسخ أو لا يعامل، أو يعامل تلك المعاملة بدون غبن ان امكن والا عامل شبه تلك المعاملة ، مثلا: أوصى بان تباع داره ـ وهي مقدار ثلثه ـ لزيد بألف بينما تسوى هي بألفين ، فان امكن باعها له بألفين، والا باعها لغيره بالفين أو انه ان كان الموصي عالماً بانها تسوى ألفين ، ومع ذلك أوصى ببيعها بألف ، فانها تباع كذلك .

اما اذا لم يكن يعلم بيعت بالقيمة العادلة ان امكن للموصي له، والا فلغيره احتمالات ، والاقرب الاخير ، لانه ان كان عالماً فقد كان مثل ان يبيعها بنفسه بالانقص .

اما اذا كان جاهلا فعدم البيع خلاف الوصية والبيع ثم الفسخ خلاف ان الفسخ انما هو للجاهل، والمفروض ان الوارث عالم، فهو مثل ان يبيع الوكيل عالماً بالانقص، ثم يفسخ معتذراً بأن بيعه عن الموكل الجاهل، وفسخه عن نفسه العالم ، والبيع بدون الفسخ تفويت لحق الورثـة ، والمفروض ان الموصي يرتكز على ان البيع وفق المتعارف فلم يكن تصرف كتصرفه حال علمه بأنه بيع بالانقص، فلم يبق الا الجمع بين الوصية وبين حق الورثة بالبيع بالقيمة العادلة الى الموصى له، أو الى غيره، هذا ومع ذلك المسألة بحاجة الى التأمل، هذا كله اذا أوصى بما لا يزيد على الثلث، وان اوصى بما يزيد على الثلث، فان كانت الورثة كباراً أو أجازوا فلا اشكال، سواء كان بالقيمة العادلة اوغير العادلة، لان الزائد على الثلث حق الورثة، فان اجاز واجازوا لا لم يجز، وان كان تنفيذ الوصية في مصلحتهم، وان كان الورثة صغاراً جاز ـ اذ لم تكن مفسدة ـ اذا الزائد ، وان كان حق الوارث الا انه قد تقدم حق الولي ـ فيما كان الموصي ولياً ـ في الوصية بهم وجعل الوصي لهم .

نعم، اذا كانت الوصية مفسدة، او كان المورث غير ولي كالاخ والام ونحوهما لم تصح تلك الوصية ، اذ كما لا يصح ان يقرب مال اليتيم الا بالتي هي احسن (١) في حال اليتيم لا يصح ان يوصي بماله كذلك قبل القيم ، لوحدة الملاك وغير الاب والجد لا حق لهما في جعل الولي على اليتيم، وان كان وارثاً للجاعل، ثم انه اذا اوصى الموصي بالثلث او بالزائد مع اجازة الورثة حق للورثة التسلط على البدل ونحوه ، مثلا: اذا اوصى بأن يضارب في ثلثه ولوارثه نصف الربح كان ذلك

---

(١) الأنعام ١٥٢/٦

الربح للوارث، وكذا اذا اوصى بأن يضارب في كل ماله، واجازوا، وان كان حق المال اكثر من النصف مثلاً، وهناك بعض الروايات الدالة على الحكم :

مثل موثق محمد بن مسلم ، عن الصادق عليه السلام ، المروي في كتب المشايخ الثلاثة، انه سأل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمالهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال عليه السلام: لابأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حي .

وصحيح خالد بن بكر الطويل الذي رواه المشايخ الثلاثة ايضاً ، قال : دعاني ابي حين حضرته الوفاة؟ فقال: يابني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقدمتني ام ولد ابي الى ابن ابي ليلى ؟ فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي ؟ قال : فاقتصصت عليه ما امرني به ابي فقال لي ابن ابي ليلى : ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه ، ثم شهد علي ابن ابي ليلى ان انا حركته فانا له ضامن، فدخلت على ابي عبدالله عليه السلام، فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له : ماترى؟ فقال : اما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده، واما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان.[١]

وعن دعائم الاسلام ، عن أبي جعفر عليه السلام ، انه قال: اذا اذن الموصي للوصي ان يتجر بمال ولده الاطفال فله ذلك ولاضمان عليه ، وان شرط له ربحاً فيه فهو على ما شرطه[٢] ، ثم هل هذا الحكم خاص بمال ولده الصغار ، أو يعم حتى الكبار فيه بينهم خلاف ، لكن حيث صرح في الروايتين بصغر الأولاد والرواية الأولى لااطلاق قطعي لها ، بل ظاهرها انهم صغار ، حيث قال بولده

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) المستدرك :ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١ .

وبمال لهم ، فان الكبار لايوصى بهم، كان اللازم حملها على الصغار أوالحكم باجمالها ممالايمكن ان تقاوم قاعدة عدم حق الوصى في التصرف في أزيد من الثلث الابإجازة الورثة ، وعليه فلافرق في هذا الحكم بين كون الورثة هم الاولاد أوغيرهم.

قال فيمفتاح الكرامة : عند عبارة العلامة المتقدمة في أول المسألةاطلاقه يتناول الوارث الصغير والكبير ، وما اذا كانت الحصة من الربح بقدر اجرة المثل لعمله أو زائدة عليها ، وما اذا كان الوصي هو العامل أوغيره بأمره ، و ذلك كله قضيةاطلاق الشرائع والتذكرة والأرشاد والتحرير مع تأمل في الاخير ثم نقل عن المسالك ان أكثر الجماعة اطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين وعن الكفاية ان المشهور لم يعتبروا كون الاولاد صغاراً ـ انتهى .

ولكن ظاهر الدروس انهم يذكرونه في الاولاد الصغار قال : روي محمد بن مسلم جواز تفويض المضاربة الى الوصى على نصف الربح مع صغر الاولاد و بها قال الجماعة ، وكذا قال المهذب البارع قال : و موضوعها في كتب الفقه والنص هو ان ينصب الانسان على اطفاله وصياً ، ثم قال : انه المشهور .

أقول: والظاهر ان لاشهرة في طرف ، بل هناك قولان في المسألة حتى ان العلامةاختلف رأيه في كتابين ففي القواعد اطلق بينما في المختلف قيد بالاولاد الصغار تبعاً للنهاية والمقنعة وغيرهما ، الى غير ذلك من أقوالهم ، وحيث قدعرفت ان مقتضى القاعدة عدم الصحة بالنسبة الى الكبارفي الأزيد من الثلث فالاقرب ماذكره المانعون ، وان استدل المجوزون بغير اطلاق الروايةالاولى ـ على مااستندوا اليها ـ بدليلين آخرين :

الاول : انه تصح المضاربة بأزيد من الثلث في المرض ولو بحصة قليلة من الربح، كما انه يصح بيع التركة كلها بثمن المثل، فينبغي ان تجوز الوصية بهما أيضاً ، لاتحاد الدليل فيهما .

قال في الجواهر : كما مال اليه في جامع المقاصد، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة انه قواه .

الثاني: ماحكاه الجواهر ، عن جامع المقاصد والمسالك بأن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة ، وليس حاصلا هنا ، لان الربح مما تجدد بفعل العامل وسعيه ، الى آخر كلامه ، وفيهما نظر .

اذ يرد على الاول : ان حال الحياة غير حال الموت ، فالتصرف في المال كله ولو بالهبة جائز حال الحياة بينما لا يصح الا بالاجازة في حال الموت ، اذا أراد ان يتجاوز الثلث .

وعلى الثاني : بما أشكل عليه في نفس المسالك قائلا : فيه نظر ، لان المضاربة ، وان لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير اذنه ، الى آخر كلامه .

والحاصل : ان الموصى لا حق له في أي تصرف في الازيد من الثلث ، سواء بالاذهاب به بمثل الهبة أو بما يربح ، أو بما لا يربح ولا يخسر فأي دليل يدل على لزوم وصيته بالمضاربة .

نعم ، لا ينبغي الاشكال في ان يوصى بالمضاربة بالثلث ، وان يوصى بان ربحه يكون لمصرف كذا ، فهو مثل ما اذا قال: هذا البستان ثلثي ويصرف نمائه في مصرف كذا ، وعليه فما يستظهر من عبارة ابن ادريس من انه ابطل الوصية لعدم حق الميت في التصرف في الربح ، غير ظاهر الوجه قال فيما حكى عنه

روي انه اذا امر الموصي الوصي ان يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً وحلالا له نصف الربح، أورد ذلك شيخنافي نهايته الاان الوصية لاتنفذ الافي ثلث ماكان يملكه الميت قبل موته والربح متجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه ، وفي الرواية نظر – انتهى .

ثم انه لو أوصى بالنسبة الى مال الاولاد الصغار ، فهي على ثلاثة أقسام لانها ، أما مفسدة فلا تصح الوصية ، اذ لاحق للوصي العمل بالمفسدة ، كمالا حق للولي بذلك .

وأما مصلحة وتصح بلااشكال ، وأما ليست احداهما وتصح على رأي من يرى الصحة بدون المفسدة ، كما اخترناه نحن أيضاً ، اما بالنسبة الى مقدار الثلث فتصح الوصية حتى بما يستلزم المفسدة فيما لم يكن محرماً .

واما بالنسبة الى حصة الكبار فان اجازوا مطلقاً جاز الافيما استلزم المحرم وان لم يجيزوا لم يجز حتى فيما كان مصلحة لانه خلاف سلطتهم ، والناس مسلطون على اموالهم(١) .

ومما تقدم يظهر، الاشكال في قول القواعد : ولو اوصى ببيع تركته بثمن المثل، ففي اشتراط الاجازة اشكال، اذ التركة بمجرد الموت تنتقل الى الوارث فتصرف المورث في أزيد من الثلث لاوجه له ، وان كان تصرفاً في ربح الوارث بأن اوصى ببيع التركة بأكثر من ثمن المثل ، فليست العبرة بكون البيع بثمن المثل ، اواقل أو اكثر .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

ولعل وجه اشكال القواعد ماذكروا من اطلاق ادلة نفوذ الوصية اذا لم تكن اكثر من الثلث ، ومثل هذه الوصية ليست اكثر من الثلث .

مضافاً الى خبر عباس بن معروف قال: كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له ميمون، فحضره الموت فأوصى الى ابي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه و تركته ان اجعله دراهم ، وابعث بها الى ابي جعفر الثاني عليه السلام ، وترك أهلا حاملا وأخوة قد دخلوا في الاسلام .

وأما مجوسية قال: ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها الى محمد بن الحسن. الى ان قال: وأوصلتها اليه عليه السلام، فأمره ان يعزل منها الثلث يدفعها اليه عليه السلام ، ويرد الباقي الى وصيه يردها على ورثته،(١) حيث لم يبطل الامام عليه السلام البيع ، لكن يرد عليها ان الوصية لاتصح بشيء من الثلثين، كما هو ظاهر النص والفتوى، والرواية لادلالة فيها، لان أمر الثلثين لم يكن محل السؤال، لكن في الجواهر رجح نفوذ الوصية اذا لم يكن فيها ضرر على الوارث .

ثم لايخفى ان الظاهر التنافي بين ما تقدم عن القواعد من الاشكال، وبين قوله: ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه، فالاقرب الانتقال الى الاجازة لظهور الغرض في أعيان الاموال ـ انتهى. اذ دليل الاشكال هنا ينسحب الى هناك فكيف يمنع هنا ويستشكل هناك .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٦ الباب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ٧ . .
التهذيب : ج ٢ ص ٣٨٩ .

(مسألة ـ ٤ ـ) لو أوصى بواجب مالي وغيره اخرج الاول من الاصل، كما عن الفاضلين والشهيدين وغيرهم.

وفي الجواهر: لانه كالدين نصاً وفتوى، بل الاجماع بقسميه عليه، وفي الكفاية انه يخرج من أصل المال عند الاصحاب، وان لم يوص به، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والكفارات ونذر المال أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج.

وأما الواجب غير المالي كالصلاة والصوم يخرج من الثلث على ما عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية والروضة وغيرهم، وقد أرسله غير واحد ارسال المسلمات، بل عن الاخير منهم انه لاخلاف فيه، لكن عن الذكرى و الدروس و جامع المقاصد عن بعضهم ان الواجب البدني يخرج من الاصل أيضاً، كالمال، وان لم يوص به، كذا حكاه مفتاح الكرامة، وفي الجواهر: بل لعله ظاهر المحقق في الشرائع والنافع والغنية والسرائر وغيرها مما اطلق فيها الواجب، بل نفي عنه البأس في الدروس.

و يؤيده اطلاق الدين على الصلاة في غير واحد من الاخبار منضماً الى ما ورد في الحج ان دين الله احق ان يقضي[1] ـ انتهى. وبالعكس من ذلك.

قال في الكفاية: الحجة في غير الزكاة والحج الواجبين غير واضحة.

ففي المقام مسائل أربع:

الاولى: ان يوصي بالواجب المالي كالزكاة ولااشكال ولاخلاف في خروجه من الاصل.

نعم، اذا أوصى ان يخرج من الثلث لم يخرج من الاصل، وكذا اذا أوصى

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٣ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٢.

ان يتبرع عنه متبرع وقبل ذلك المتبرع، وذلك لان الادلة الدالة على وجوب الاخراج من الاصل لاتشمل هاتين الصورتين .

الثانية: ان لايوصي، ولااشكال في خروجه من الاصل، الا اذا تبرع عنه متبرع، حيث يكون من السالبة بانتفاء الموضوع .

وكيف كان، فيدل على حكم المسألتين جملة من الروايات الواردة في الزكاة والحج .

ففي الصحيح رجل توفى و أوصى ان يحج عنه ؟ قال عليه السلام : ان كان صرورة ، فمن جميع المال انه بمنزلة الدين الواجب ، وان كان قدحج فمن ثلثه .(١)

وفي صحيح معاوية بن عمار، قال: انامرأة من أهلي ماتت وأوصت الي بثلث مالها وامرت ان يعتق عنها ويتصدق ويحج عنهـا فنظرت فيه فلم يبلغ ذلك ؟ فقال عليه السلام: ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله سبحانه، وتجعل مابقى طائفة في العتق وطائفة في الصدقة .(٢)

قال في مفتاح الكرامة: وقد روي هذا التعليل في خمسة طرق، وان شئت قلت: في خمسة اخبار .

أقول : وكلها صحاح و جعل بعضها حسناً بابراهيم بن هاشم غير ظاهر الوجه، حيث قد ثبت انه [ره] في أعلى درجات الوثاقة فراجع كتب الرجال

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الفروع : ج ٢ ص ٢٣٨ ـ التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٦ الباب ٦٥ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ الفروع : ج ٢ ص ٢٣٨ .

وتتمة المستدرك ، وقد نص على ذلك الفقيه الهمداني [ره] وغيره

الثالثة والرابعة: ان يوصى بالواجب البدني كالصلاة أو لا يوصى ، فهل يخرج من الاصل، أولا؟ أما اذا أوصى بان يخرج من الثلث فلا اشكال،لاطلاق أدلة الوصية، وكذا اذا أوصى مطلقاً، وكان بقدر الثلث،أو أقل منه، لان للميت حق الثلث كما تقدم، وقد عرفت ان فيه قولين استدل للاخراج من الاصل بقوله سبحانه: «أو دين» حيث ان كل واجب يمكن اتيانه دين،وبالعلة في الروايات [التي تقدم بعضها] وبالمناط الاولوي،اذ لو وجب اخراج الحج وهو أقل أهمية من الصلاة وجب اخراج الصلاة وهي أكثر اهمية لانها [عمود الدين انقبلت قبل ما سواها، وان ردت رد ما سواها] وبان حق الله أولى من حق الناس،فاذا كان مديوناً للناس وجب الاخراج فالاولى ان يخرج ما كان مديوناً لله سبحانه وبأنه لافرق بين الحج والصلاة، لان كليهما يحتاج الى المال، مثل الوضوء في الصلاة ونفقة السفر في الحج، وبانه [بعد تسليم ان الحج يشمل من كان عليه عمرة مفردة] العمرة المفردة لمن كان في مكة لا يحتاج الى المال الافي وضوئه فكيف يمكن ان يقال: باخراجها من الاصل، والحال ان الصلاة كذلك .

أما اجرة العمل فهي مشتركة بينهما، وبما في الجواهر من معلومية وجوب المال لو توقف عليه لو قوف حصول الواجب المطلق عليه فالمتجه ان لم ينعقد اجماع على خلافه الحاق الواجب البدني بالمالي في الاخراج من صلب المال اذا لم يكن له ولي يخاطب به بما يفوت المولى عليه من صوم أو صلاة والاخوطب هو به ما لم يوص باخراجه من ثلثه ، الى آخر كلامه .

الى غيرهـا من الوجوه التي هي بالاستحسان أقرب منها بالأدلة الفقهية ،

مثل ان الميت معاقب هناك ما لم يؤد عنه، ومن الظلم تركه كذلك،وفي الكل ما لايخفى باستثناء العلة المنصوصة ، لكن احتمال اختصاصها بالواجبات المالية كاف في المنع عن خروج البدنية عن الاصل للانصراف،بل لو لاظاهرهم الاجماع على ان سائر الواجبات المالية كالنذر والكفارة كذلك اشكل الحكم بالالحاق .

قال في محكي التذكرة: لافرق عندنا في الواجب وخروجه من الاصل بين ان يكون وجوبه باصل الشرع كالزكاة الواجبة و الحج ، و بين ماوجب بالتزام العبد من نذر أو مباشرة ما يقتضي الكفارة ـ انتهى .

ثم في الواجب المالي أن اوصى الميت بأن يخرج من الاصل كان تأكيداً وان اوصى بان يخرج من الثلث و لم يكف الثلث اخرج الزائد من الاصل ، وان أوصى انه لايزيد على الثلث، اذ لااعتبار بالوصية في قبال الحكم الشرعي بلزوم اخراج الواجب من الاصل، وانما صرفت الوصية عن الاصل الى الثلث لاطلاق دليل تنفيذ الوصية بعد عدم ظهور دليل الاخراج من الاصل في تعين ذلك حتى في حال الوصية باخراجه من الثلث، ولو قال: اخرجوه من الاصل ولاأعلم هل وجب علي أم لا ؟ لم يخرج من الاصل ، بل من الثلث اذا علم ارتكازه في ارادة الموصى به مطلقاً ، والا فان علم انه يريده من الاصل مطلقاً بطلت الوصية، اذ الوصية تخرج من الثلث فيما لم يعلم اشتغال ذمة الوصي به فجعله من الاصل جنف يلزم اصلاحه .

نعم، لو كان اشتغال الذمة مقتضى الاستصحاب اخرج من الاصل ، لانه علم تنزيلي وواقع جعلي ، وقد سبق في بعض مسائل الشرح انه ان قال : علي كذا من المال صدق .

ومنه يظهر، وجه النظر في ما قاله في الجواهر : والظـاهر تصديق الولي فيما فات منه ، كما صرح به في جامع المقاصد، ولعله لانه لا يعلم لامن قبله بل هو المنساق منه،ومن نظائره، مضافاً الى كونه من الاقرار ـ انتهى اذالثبوت اما بالعلم ، أو بالبينة ، أو بالاقرار في حصة المقر ـ اذا لم تكن وصية و اقرار منه في حال الحياة .

لايقال: انه اقرار في حق الغير وهو الوارث .

لانه يقال أولا: انه اقرار في حق نفسه وبعد الموت ينقلب الى الاقرارفي حق الغير واطلاق أدلة الاقرار يشمله، مثل اقراره بانه باع ولم يقبض أواشترى ولم يقبض الثمن، الى غير ذلك ثم مات .

وثانياً: ان كل اقرار لابد وان يرتبط بـالغير، واطلاق الدليل تنفيذه في حقه وفي حق غيره، فاذا قال: فلان زوجتي كان اقراراً في حق ولده ووالده وامها وبنتها، حيث لايحق للاولين زواجها ولايحق للاخيرتين الزواج به .

ولو قال: هذا ملك فلان لم يحق لاولاده التصرف فيه بعد موته، كما لايحق لمن تضمنهم الاية الاكل منه .

ولو قال: انا قتلت فلاناً خطاءاً كان اقراراً في حق العاقلة، كما ذكرناه في [كتاب الديات] .

و لو قـال : فلان ابني كان اقراراً في حق بنته ان لاتتمكن من التزويج بالمقر به الى غير ذلك ، ثم انه يؤيد لزوم تنفيذ الوصية مطلقاً بقول الموصى بعض الروايات .

مثل ما رواه سعد بن سعد، عن الرضا عليه السلام، قال: سـألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى أحد من التجار؟ فقال له: ان هذا المال لفلان

ابن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه يصرفه ، حيث يشاء فمات ولم يأمر صاحبه الذي جعله له بأمر، ولايدري صاحبهما الذي حمله على ذلك كيف يصنع؟قال عليه السلام: يضعه حيث شاء،[1] فان ظاهره انه يضع الوصي حيث شاء الموصى .

هذا بالاضافة الى السيرة المستمرة في تنفيذ الاقرارات في الوصايا خلافاً لطائفة من الروايـات دلت على عدم التنفيذ مطلقاً ، أو التنفيذ اذا كان المال قليلا ، أو اذا كان الموصى مرضياً ، أو ملياً ، أو مؤمناً، أو ما أشبه .

مثل ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً ؟ فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له[2] .

و عن اسماعيل بن جابر، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه ؟قال: يجوز عليه اذا أقربه دون الثلث[3].

وعن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له : الرجل يقر لوارث بدين؟ فقال: يجوز اذا كان ملياً[4] .

وعن أبي ايوب، عن أبي عبد الله عليـه السلام، في رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً ؟ فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له[5] .

الى غيرها من الروايات التي لابد من حملها على التقية، و لو التقية على

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٥ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٨ .

مذهب صاحب الحدائق، كما حملها عليها الشيخ في روايةمسعدة،عن الصادق عن أبيه، قال علي عليه السلام : لاوصية لوارث ولااقرار له بدين[1] يعني اذا اقر المريض لاحد من الورثة بدين له فليس له ذلك . قال الشيخ في هذا الرواية: انها محمولة على التقية ، وقد جمع صاحب الوسائل بين الروايات بما عنونه في الباب بالنفوذ في الوصية الا ان يكون في مرض الموت، ويكون المقر متهما فمن الثلث، لكنك خبير بأن هذا الجميع غير ظاهر الوجه بعد عدم امكان كونه جمعاً لمختلف الروايات فراجع الباب السادس عشر من [كتاب الوصية].

ويؤيد النفوذ مطلقاً صحيح أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك قلت: فان أوصى لوارث بشيء؟ قال عليه السلام: جائز[2].

ويمكن ان يحمل روايات الرد مطلقاً،أو في الجملة على الاطمينان بكذب الموصى، كما يؤيده ما رواه السكوني، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، انه كان يرد النحلة في الوصية، وما أقربه عند موته بلاثبت ولابينة رده .

وكيف كان، فالاقرب ما تقدم، وقد سبق الالماع الى هذه المسألة في الشرح ولعله يأتي أيضاً في مسألة منجزات المريض ثم لو قال:فلان يطلبني كذاومات وقال الموصى له: لااعلم، حق له الاخذ، أما اذا قال: لاأطلبه، لم يحق له الاخذ وكان ماأوصى به للورثة لا ان ثلثه للموصى له، لان الاقرار ليس وصية حيث تنفذ في ثلثه، كما لايخفى .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٠ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٣ .

(مسألة ـ ٥ ـ) اذا أوصى بوصايا، ولم تكن المتأخرة ناسخة، فان كان الجميع واجباً مالياً، مثل الزكاة والحج والنذر، اخرجت من الاصل لما تقدم وان كان مستحباً اخرج من الثلث بقدرما يسع، لانه لاحق لهفي الاكثرمن ذلك الاباجازة الورثة، وان كان البعض واجباً مالياً،والبعض مستحباً اخرج الواجب من الاصل والمستحب من الثلث، بقدرمايسع الثلث،فاذا زاد على الثلث احتاج الى اجازة الورثة، فـان لم يجيزوا بطل، وان كان واجباً غير مالى كـان من الثلث أيضاً على ما اخترناه، وان كان واجباً مالياً وغيرمالى، فالمالى من الاصل وغيره من الثلث، وان كان واجباً غير مالي ومستحباً فالواجب مقدم على غيره ان لم يسع الثلث كل ذلك، وان كانت واجبات غير مالية لايسعها الثلث فالظاهر التخيير بين هذا وذاك، مثل الصلاة والصوم، ويحتمل تقديم مـا قدمه لخبر حمران، ويحتمل تقديم الاهم في نظر الشارع، فتقدم الصلاة على الصوم لماثبت من أهمية الصلاة، لكن الاقرب التخيير، اذ خبر حمران لااطـلاق له يشمل المقام، كما سيأتي والاهمية لادلالة فيها على التقديم في المقام، بل هى لاتوجب التقديم فى القضاء فى حال الحياة أيضاً، فـاذا كان عليه صلاة وصوم لايتمكن الامن أحدهما تخير، بل وان كان أحد الواجبين اصلياً، والاخر عرضياً، كما اذا كان عليه صوم رمضان وصوم النذر، أو كان عليه صلاة اليومية وصلاة النذر اذ الاصل عدم الترجيح لابالنسبة الى نفسه و لا بالنسبة الى القاضى عنه، ولو كان عليه مثل الزكاة والحج مما يخرجان عن الاصل، فهل تقدم الزكاة؟ لان فيه حقين حق الله وحق الناس، بخلاف الحج الذي فيه حق الله، ومثل ذلك اذا كان دين وحج، أو تقدم فى الدين والحج، الحج لمـا ورد من تقديم حق الله أو يخير مطلقاً لعدم كفاية مثل هذه الوجوه للترجيح الذي هو شرعى فلا يثبت

الابدليل؟ احتمالات، وان كان لايبعد التخيير مطلقاً،ولعل الاولى تقديم مثل الزكاة والدين لانهما حق الله أيضاً ، وفيه فائدة المناس ، ولما دل على ان الله يغفر حقه ويطالب بحق الناس حتى يغفروا هم .

وكيف كان ، فيدل على بعض ما ذكر بعض الروايات .

فعن معاوية بن عمار ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل مات فأوصى ان يحج عنه ؟ قال : ان كان صرورة فمن جميع المال، و ان كان تطوعاً فمن ثلثه [(١)].

وفى حديث آخر، عنه عليه السلام، قال: يقضى عن الرجل حجة الاسلام من جميع ماله [(٢)].

وعن حارث بياع الانماط، انه سأل أبو عبد الله عليه السلام ، عن رجل أوصى بحجة ؟ فقال : ان كان صرورة فهى من صلب ماله انما هى دين عليه ،و ان كان قد حج فهى من الثلث [(٣)].الى غيرها من الروايات المذكورة فى الوسائل والمستدرك فى [كتاب الحج] .

أما صحيح معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في رجل توفى وأوصى ان يحج عنه ؟ قال : انكان صرورة فمن جميع المال انه بمنزلة الدين الواجب ، وانكان قدحج فمن ثلثه ، ومن مات ولم يحج حجة الاسلام ، ولم

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ١ . .

(٣) المستدرك : ج ص ٥٢٥ الباب ٣٦ من أبواب الوصايا ح ١ .

يترك الاقدر نفقة الحمولة ، وله ورثة فهم أحق بما ترك ، فان شاؤوا أكلوا ، وان شاؤوا حجوا عنه[١].

فالظاهر العمل به لان بقاء الانسان بلا نفقة محظور في الشريعة فلا يمكن ان يشرع الشارع تقديم الحج، وعليه فلا دليل على ان عليهم بدله اذا تمكنوا بعد ذلك ، اللهم الا ان يقال : انه من باب الجمع بين الحقين ، لكن سكوت الامام عليه السلام عن ذلك يؤيد العدم ، بل يمكن ان يستفاد من الصحيح المذكور جواز اعطائها للفقير الذي لا يجد القوت اذا دار بين قضاء حجه واشباعه ، بل والى انه اذا أراد الحج ورأه جاز له اعطائه له وعدم الحج ، ومقتضى القاعدة انه اذا دار الأمر بين الحج الواجب وانقاذ نفس عن الهلكة قدم الثاني للاهمية فان استطاع في المستقبل ذهب الى الحج والا لم يكن عليه حج .

وفي حديث مروي ، عن المسيح عليه السلام : جعل السبت للانسان ولم يجعل الانسان للسبت .

وكيف كان، فعن معاوية بن عمار، قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن امرأة أوصت بمال في الصدقة والحج والعتق ؟ فقال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقي شيء فاجعل فى العتق طائفة ، وفي الصدقة طائفة[٢]

وعن معاوية أيضاً قال: ان امرأة هلكت، أوصت بثلثها يتصدق بها عنها ويحج عنها ويعتق عنها، فلم يسع المال ذلك، الى ان قال: فسألت أباعبدالله عليه السلام، عن ذلك ؟ فقال : ابدء بالحج فان الحج فريضة فما بقى فضعه في النوافل[٣]

---

(١) الوسائل : ج ٨ ص ٤٦ الباب ٨ من أبواب الحج ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٦ الباب ٦٠ من أبواب الوصايا ح ٣ . .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٧ الباب ٦٥ من أبواب الوصايا ح ٣ .

ومما تقدم يظهر ، وجه قول الشرائع : ولـو أوصى بواجب وغيره ، فان وسع الثلث عمل بالجميع ، وان قصر ولم تجز الورثة بدء بالواجب من الاصل وكان الباقي من الثلث ـ انتهى .

وان كان فيه نوع غموض ، وأوضح منه عبارة القواعد قال : ولـو أوصى بواجب وغيـره بدء بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث ان لم يجز الوارث ، ومفتاح الكرامة فهم من الشرائع نفس ماذكره العلامة ، ولذا قال : صرح بذلك في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والروضة والمختلف والكفاية وفيها انه المشهور ، ثم لو كان عليه حج مفرد وعمرته وزكوة والمال لا يكفى الا لاحدهما ، أو بعض هذا وبعض ذاك ، لـم يبعد التخيير لما تقدم ، وان جاز ان يعطي عن كل بعضاً ، لانه أقرب الى الجمع بين الحقين.

(مسألة -٦-) لو أوصى بعدة امور لايكفي الثلث لجميعها ولم يجز الوارث ففيه أقوال :

الاول : انه يبدء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث، ويبطل الزائد ، وهذا هو المشهور بينهم ذكره الشيخ وابن ادريس وابن حمزة والمحققان والعلامة والشهيدان والكفاية وغيرهم ، بل عن ظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه .

الثاني : ان العتق مقدم ، وان تأخر في اللفظ ، كما عن أبي علي .

الثالث : ان الوصية المتأخرة المتباعدة زمانها من الاولى ناسخة لها ، ومقتضية للرجوع عنها ، كما عن ابن حمزه .

استدل الاولون : بما في الجواهر بأن الوصية الصادرة أولا نافذة لوقوعها من اهلها في محلها ، وهكذا مابعدها الى ان تبقى المتأخرة بلاموضوع تتعلق به فتقضي بالبطلان ، وببعض الروايات :

كخبر حمران، عن أبي جعفر عليه السلام، في رجل أوصى عند موته، وقال: اعتقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ اثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم؟ قال: ينظر الذين سماهم وبدء بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني، ثم الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى اخيراً لانه اعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك.(١)

والحديث معمول به قديماً وحديثاً، ولذا يصح الاستناد اليه وتعليله يدفع احتمال اختصاصه بالعتق المذكور فيه، ولافرق في ذلك بين الوصية العهدية والتمليكية لان العلة عامة .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٧ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١ .

ويؤيده مارواه الدعائم، عن أميرالمؤمنين عليه السلام، قال: في الرجل يعتق بعض عبيده عندالموت وليس له مال غيرهم ولم يعلم من اعتق أولا منهم، اذ لم يسمه؟ قال عليه السلام: يقرع بينهم، ويعتق الاول فالاول حتى يبلغوا الثلث، قال أبوجعفر عليه السلام: فان سماهم؟ فقال: اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً نظرفي ثلثه وفي اثمانهم، ثم بدء بعتق من سماه أولا فأولا، فان خرج الثلث على الرؤس عتقوا [الى ان قال:] وكان الباقي ميراثاً[1]، ولايقف أمام دليل المشهور الا امور:

الاول: ان ارتكاز الموصي الذي علم منه، أمابتصريحه أوبالقرائن على انه لاترتيب، وانه لايهمه تقديم المتأخر أو المتقدم أو التوزيع، ومن المستبعد جداً ان الشارع شرع على خلاف ارادة الموصي، بل ظاهر أدلة لزوم تنفيذ الوصية خلاف ذلك.

الثاني: مااستدل به للاسكافي ونسب الى الشيخ أيضاً من الموثق، عن أبي عبدالله عليه السلام، سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثرمن الثلث؟ قال: يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي[2]، حيث ان ظاهره ان العتق مقدم مطلقاً، وظاهر ان النقصان فيمابقي ان العتق كان وصية لاتنجيزاً، كمالايخفى.

وعن اسماعيل بن همام، عن أبي الحسن عليه السلام، في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته واعتق مملوكاً، وكان جميع ماأوصى به يزيد على الثلث

---

(١) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ١.

كيف يصنع به في وصيته؟ قال: يبدء بالعتق فينفذ.(١)

وعن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: ان عتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه والغيت الوصية الاان يفضل من الثلث مايبلغ الوصية، الى غيرها.(٢)

الثالث: ماعن ابن حمزة، فعن علي بن سالم، قال: سألت أباالحسن موسى عليه السلام، فقلت: ان أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ؟ فقال: خذ بآخرهن فقلت: انها أقل؟ فقال: وان قلت.(٣)

الرابع: ما دل على تقسيم المال بين الوصايا ـ مماظاهره لااعتبار بالاول فالاول ـ.

فعن معاوية بن عمار، قال: أوصت الي امرأة من أهل بيتي بثلث مالها [بمالها: خ ل] وامرت ان يعتق عنها ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك؟ فسألت أبا حنيفة؟ فقال: يجعل ذلك اثلاثاً ثلثاً في الحج، وثلثاً في العتق، وثلثاً في الصدقة فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام، فقلت له: انامرأة من اهلي ماتت وأوصت الي بثلث مالهاوامرت انيعتق عنها ويحج عنها ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ فقال: ابدء بالحج، فانه فريضة من فرائض الله عزوجل واجعل مابقى طائفة في العتق، وطائفة في الصدقة.

فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبدالله عليه السلام، فرجع عن قوله وقال: بقول ابي عبدالله عليه السلام.(٤)

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ٣.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٧.
(٤) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٥ الباب ٦٥ من أبواب الوصية ح ١.

وفي روايته الاخرى، عنه عليه السلام: ابدء بالحج، فانه مفروض، فان بقي شيء فاجعل في الصدقة طائفة، وفي العتق طائفة .

وفي رواية ثالثة عنه، قال: ماتت احت مفضل بن غياث وأوصت بشيء من مالها الثلث في سبيل الله، والثلث في المساكين ، والثلث في الحج ، فاذا هو لايبلغ ما قالت: [الى ان قال :] ولم تكن حجت المرأة، فسألت أباعبدالله عليه السلام، فقال لي : ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله عليها، ومابقي اجعله بعضاً في ذا، وبعضاً في ذا .[1]

الى غيرها من الروايات ، وفي كل هذه الوجوه الاربعة عدم قدرتها على معارضة دليل المشهور.

اذيرد على الاول: ان ليس الكلام في الارتكاز الذي هو بمنزلة التصريح، بل الكلام فيما لم يعلم ذلك .

قال في الجواهر: لوصرح بعدم ارادة الترتيب اتبع، وان رتب في اللفظ.

وعلى الثاني: ان رواياته محمولة على ارادة العتق مقدماً بقرينة الروايات التي ذكرناها في الاشكال الرابع ، حيث ان هذه الروايات تقول بالتقسيم بين العتق وغيره من الوصايا، وفي روايات تقديم العتق دلالة على ان مراد الموصي التقديم، حيث ان الموثق الاول، وخبر أبي بصير ظاهران في ذلك فيحمل غيرهما عليهما .

وعلى الثالث : ان تلك الرواية ظاهرة في الوصايا الناسخة ، كما يتعارف

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٦ الباب ٦٥ من أبواب الوصية ح ٣ .

عند بعض الناس يوصون بشيء، ثم بشيء آخر، ولذا قد يوجد لانسان ورقتا وصية متخالفة بعضها مع بعض، وحينئذ فالعمل على الاخيران علم به، والا فأما القرعة لانها لكل مشكل، أوقاعدة العدل ان كانت الوصية مسرحاً لها، ويؤيد القرعة رواية الدعائم المتقدمة، ويؤيد قاعدة العدل ماتقدم من جعل المال طائفة في العتق وطائفة في الصدقة واذا كان بين الوصيتين عموم من وجه كان اللازم العمل بالمجمع، وفي مورد الافتراق يعمل بما ذكر من القرعة اوقاعدة العدل، وان كان بينهما عموم مطلق عمل بالمجمع، وفي الزائد يعمل بها بقدر السعة ان امكن بقدر السعة، والاعمل بالزائد من المال في وجوه البر، مثلا: اوصى في ورقة بالعمرة، وفي اخرى بالعمرة والحج وان العمرة تعطى والحج حيث لايسعه الثلث، وليس بواجب يعطي بمابقي من الثلث لسبل الله تعالى.

وعلى الرابع: ان الظاهر من رواية معاوية ان الامام أراد الجمع بين الثلاثة حسب الوصية مع تقديم الحج، فلم يكن الثلث قاصراً عن الثلاثة، و انما أراد الامام رد التقسيم اثلاثاً بحيث يعطي الثلث للحج زاد أونقص، مثلا: كان له ثلاثمائة لايعطي الثلث للحج، وان كانت قيمة الحج مأتين أوخمسين حتى يوجب في المأتين التكسر أواعطاء الحج الميقاتي، وفي الخمسين اعطاء النائب أكثر من حجه، بل يقدم الحج ومابقي نصفه في العتق ونصفه في الصدقة وهما غالباً قابلان للقليل والكثير(١).

أما في الصدقة فواضح، وأما في العتق فلامكان عتق البعض، نعم قد تقدم ان ماذكر في الروايات ليس في ماعرف ارتكاز الموصى بخلاف مافيها والا

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ١.

اتبع الارتكاز ، ففي عتق العبيد مثلا ان علم منه ارادته عتـق الجميع ماأمكن منهم عتق بعض كل واحد لاأن يعتق أولا فأولا حتى يحرم البعض، وفي الصدقة والعتق ان علم ارادته الاول فالاول قدم ماذكره أولا.

والحاصل: ان أمكن الجمع جمع، وان لم يمكن، فان لم يكن ارتكاز عمل بالاول فالاول، وان كان ارتكاز عمل به مثلا: اذا أوصى بصدقة لزيدوصدقة لعمرو قسم المال بينهما، واذا أوصى بعتق زيد وعمرو وعلم ارتكازه بالتقسيم عتق نصف كل منهما ـ اذاكان المال ليس أكثر من ذلك ـ وان لم يعلم اعتق الاول فقط، فان زاد من عتقه صرف في عتق بعض الثاني، فانه مقدم على سائر سبل الخير، وان لم يكن الاول فالاول، بل ذكر الجميـع دفعة ، مثل ان قال: اعتقوا كل عبيدى دارالامر بين القرعة وقاعدة العدل، والثانية أولى كماذكرناه في بعض مباحث الكتـاب : انها مقدمة على القرعة ، وكذا ان علم السبق و الملحوق، لكنه لم يعلم السابق منهما، وكذا لوشك في السبق والتقارن.

(مسألة ـ ٧ ـ) لوقال: لفلان مأة من من الحنطة، وكان عنده ثلاثة أقسام من الحنطة ، كل واحد مأة من ، لكن كان أحدها يساوى ثلثه والاخران أكثر وأقل كان على الوارث اعطائه مأة من سواء ذلك الذي الثلث أوملفقاً، ولايحق له اعطاء الاقل، وذلك لامكان تنفيذ الوصية.

نعم. لوبادل الموصى له بعداعطائه بالاحسن أقل، أوالاسوء أكثر جازاذا قبل الوارث، وكذا اذاكان كل حنطته مساوية فى القيـمة ، لكن كان بعضها فى بلد لاتضخم فيه ولاتنزل وبعضها فى بلد فيه احدهما اعطاه المساوى، سواءفي هذا البلد أوبلد آخر، وذلك لامكان تنفيذ الوصية، ولوأوصى أن يعطي له ثلثه حق للوارث اعطائه من أي الثلاثة، سواء صار بقدر ثلث كمية الحنطة، أواقل أواكثر، لان الاختيار بيـده ، ولايحق للموصى له أن يقول لااريد هذا، وانما ذاك اذا قبل الوصية.

نعم ، قد تقدم ان الوصية عقد فيحق له أن لايقبـل اصلها أوبعضها ، ولو أوصى لشخص بثـلث أولا-ولاخر بربع ثانياً، ولاخر بسدس ثالثاً ، ولم تجز الورثة اعطى الاول فقط، لانه لامانع منه وبطل الاخران، ذكر ذلك الفاضلان وشراحهما ، وذلـك اذا لم يجز الوارث الزيادة ، وان أجاز احدهما اوبعض أحدهما جاز ، و اذا لم يكن رجوع من المورث و الا عمل بالمتـأخر، كما تقدم

قال في الجواهر: فما عن بعضهم في ان الوصيه بالربع والسدس في نحو مفروض المتـن رجوع عن الاول واضح الضعف ، بل قيل انـه غير معروف القائل ـ انتهى.

ومن ذلك يعرف، أمثـال ذلك، كما اذا أوصى للاول بالسدس ، وللثاني

بالثلث، حيث يبطل السدس بالنسبة الى الثاني، ويعطي كل واحد سدساً ولو شك في انه هل رجع عن الوصية الاولى حتى تصح الثانية والثالثة مثلا؟ أو لم يرجع حتى تبطلا؟ استصحب البقاء لتمامية أركانه، ولو وجدنا منه ثلاث وصايا مجهولة التاريخ، أحدها بالثلث ، والثانية والثالثة بالسدس، فقد تقدم ان مقتضى القاعدة قاعدة العدل وعليه ينقص من كل نصفه ، لان المجموع ثلثين بينما له الثلث فقط فيعطى الاول السدس ، والثاني والثالث نصف السدس.

وعلى هذا القياس، ولو شك في ان ما كتبه لفظ : [الثلث] أو : [النصف] بطل الزائد، أما لو شك انه كتب الثلث أو السدس، فهل القاعدة اصالة البرائة عن السدس المشكوك فيه او اجراء قاعدة العدل باعطائه سدساً ونصفاً؟ احتمالان وان كان الاول اقرب.

ولو اوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو بطل الثاني ، الا مع اجازة الوارث للثاني كلا اوبعضاً، بل ربما نسب هذا الحكم الى علمائنا كما في الجواهر، و قد اختلفوا في ذلك وان كان الذى ينبغي ان يقال انه ربما يعلم ان مراده بالوصية الثانية نسخ الوصية الوالي، كما اذا كان يقرأ الدرس عند زيد فأوصى له بثلثه ثم صار بينهما نزاع، فدرس عند عمرو فأوصى بثلثه له ، حيث يعلم من ذلك انه اراد بالوصية الثانية نفس الثلث الاول ، وهذا لاينبغي الاشكال في نسخ الثانية للاولى، وربما يعلم ان مراده ثلث آخر غير الثلث الاول، لانه لا يعلم المسألة، وانه لايصح له ان يوصي بثلثين، اويعلم المسألة، وانما اوصى بالثلث الثاني جاء ان يجيزه الوارث، وهنا ان اجاز الوارث صح الثانية والابطلت .

اما الوصية الاولى فهي صحيحة مطلقاً ، وربما يشك في انه قصد الفسخ او صدرت منه الثانية جهلا او رجاءاً ، ومقتضى القاعدة هنا استصحاب صحة

الاولى، لان الشك في الصحة والبطلان ناشيء عن الشك في الفسخ وحيث ان الاصل عدمه كان الاصل بقاء الوصية الاولى على حالها.

ثم انهم جزموا ببطلان الوصيتن في الوصية بالثلث والربـع والسدس، وتفرقوا فى الوصية بالثث وبالثث فالشرائع ق ل بالبطلان فيها ايضاً تبعاً للشيخ وابن ادريس وتبعهم المسالك والكفاية والمفاتيح، بينما فى القواعد انالثانية رجوع على اشكال، وعن التحرير والدروس وجامع المقاصد عدم الترجيح ايضاً .

قال فيمفتاح الكرامة: ان منشأ الاشكال هو الفارق بين المسألتين، حيث ان الانسان لايستحق من ماله الا ثلثـه، فاذا اوصى بالثلث، مضافاً الى نفسه ثم اوصى به، كذلك كان الموصى به ثانياً هو الموصى به اولا ، فيكون فاسخاً له ـ انتهى .

لكنكقدعرفتاختلاف الصورفلايمكن الفتوى بالبطلان مطلقاً ولابالاشكال مطلقاً ، امااستدلال الخلاف لماذهب اليه من البطلان باجماع الفرقة واخبارهم فاللازم حمله على ارادة الموصى ثلثاً ثانياً ـكما هو واضح ـ

ثم لوكان له عبديساوي ثلثه اواقل ، فقال : تارة عبدي لزيد ـ بعدى وقال اخرى: عبدىلعمرو ،كان لابد وان يكونالثانيفاسخاً للاول ، اذ العبد لايتكرر كماكان يحتمل التكرار [ثلثى] فلاصور لمثل الوصية بالعبد المذكور .

ولوكان له ثلاث صبر ، صبرتان منها تسوى ثلثه ، فقال مرة : ثلث الصبر لزيد، ومرة: ثلث الصبرلعمرو، صحت الوصيتان، لامكانجمعهما فيالصبرتين اللتين تساويان ثلثه ـ وانكان كل صبرة مأة من ـ فاللازم جعل الوصية صحيحة قال عليه السلام : ضع أمر أخيك على أحسنه . والاحسن هنا الصحة في قبال

البطلان ، ولو قال في كلام واحد : ثلثاى لاخوى ، فيما لم يكن مقدم ومؤخر فمقتضى القاعدة تقسيم ثلث لهما ان لم يجز الورثة ، والاكان لكل منهما ثلث.

قال في القواعد : فان اشتبه الاول ـ فيما لو أوصى بثلث وثلث ـ أقرع ، وقد عرفت انمقتضى القاعدة التنصيف ، كما ذكروه في باب الخمس فراجع الجواهر هناك ، وقد ذكرنا بعض تفصيله فيالشرح .

لكن القرعة هو اختيار المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك على ماحكى عن بعضهم .

قالفي الجواهر في شرح كلام المحقق [استخرج بالقرعة] : باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع ، الى آخر كلامه .

ثم انه لولم يعلم هل وصى بمثل [ثلثاى لاخوى] حتى يكون لكل منهما السدس ، أو قال : ثلثي لزيد ، وثلثي لعمرو [فاسخاً] حتى تصح الثانية فقط ، أو [بظن الصحة] حتى تصح الاولى فقط ، فعلى ماذكرناه من قاعدة العدلكان لكل منهما السدس ، وعلى ماذكروه يقرع مرتين مرة لاظهار ان الثلث لهما، أو لاحدهما، ومرةـ اذاطلعت القرعة انها لاحدهما ـ بأنها لهذا أولذاك ، ولذا قالفي الجواهر : اقرع أولالبيان انها دفعة أومرتبة ، وان كانالثاني جعلجميع المحتملات سهاماً متعددة ، واستخرج أحدها وعمل عليه .

(مسألة ـ٨ـ) قال في القواعد : ولو أوصى بمعين زائد على الثلث لاثنين ولم يجز الورثة ، فلهما منه الثلث ، وقبله قال به الشرائع ، وبعدهما الشراح لهما وذلك لان الوصية دفعة واحدة فالزائد ، حيث لايكون يسقط والقدر الممكن يكون لهما بالتنصيف ان لم يوص بالنسبة والافبالنسبة ، كما اذا قال : داري هذه ثلثها لزيد وثلثاها لعمرو ، وقد كانت الدار نصف تركته ، فان ثلثا الدار يكون لهما ثلثاه لعمرو وثلثه لزيد ، فاذا كانت تسوى تسعة كان لصاحب الثلثين أربعة ، ولصاحب الثلث اثنان .

قال في القواعد [بعد عبارته السابقة] ولو رتب أعطى الاول وكان النقص على الثاني ، سواء أوصى لكل منهما بشيء منه ، أو أوصى لكل منهما بشيء منفرد .

أقول : وذلك لان الوصية الاولى نفذت ، حيث كانت بلامانع ، والثانية حيث زادت على الثلث كان بقدر الثلث منها نافذاً والزائد لاينفذ وقد نقل مثل هذه العبارة عن الارشاد وجامع المقاصد والروض ، بل في الجواهر عند قول المصنف ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بدء بالاول وكان النقص على الثاني منهما ـ انتهى.

قال : بلا اشكال في شيء من ذلك ، ولاخلاف ضرورة كونها وصيتين متعاقبتين .

أقول : ويأتي في المقام بعض الكلام في المسألة السابقة ، ولو أوصى بوقف دوره ، وكانت بعضها مختصة وبعضها مشتركة ، ولم تكن جميعها أكثر من الثلث ، أو أجاز الوارث الزائد نفذت الوصية في المختصة والمشتركة ، أما المختصة فانها تكون موقوفة ، وأما المشتركة فيكون بعضها الخاص بالموصي وقفاً ، واللازم الافراز ـ بعد أن يقبضها الوصي ـ .

وكذا اذا أوقفها بنفسه بعدمماته وقلنا بصحة مثل هذا الوقف، لانه عقلائي يشمله الوقوف على حسب ماوقفها أهلها، وقد ذكرنافي بعض مباحث الكتاب ان مقتضى القاعدة ان قبل الافراز بعد الوقف في المشترك، لايصح التصرفات المنافية المسجد فيه اذا وقف مسجداً، ولوأوصى بوقف دوره وكانت أكثر من الثلث، ولم يجز الورثة، فالظاهر ان الورثة يتخيرون في وقف قدر الثلث مجتمعاً أومشتركاً، ثم الافراز، مثلا : كانت له ستة دور ، فلما لم يجز الورثة وقفوا اثنتين منها، أما خاصة أوفي ضمن المجموع ويفرز بعد ذلك، وكذلك اذا وقف هو الستة بعد وفاته ، فهو مثل التدبير الذي يقول : أنت حر دبر وفاتي.

قال في الشرائع: واذا أوصى بثلث ماله مشاعاً كان الموصى له من كل شيء ثلثه وان أوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت ولااعتراض فيه للورثة ، ولوكان له مال غائب أخذ له من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب ، لان الغائب معرض للتلف ـ انتهى.

ومثله قال العلامة في القواعد : الا انه قال ـ اخيراً ـ ويحتمل منعه من التصرف، وان كان مستحقاً بكل حال لان حق الوارث التسلط على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا.

أقول: ان كان المال الذي أوصى بأنه للموصى له معيناً أخذه بعد الموت، سواءكان الثلثان الاخران حاضراً ، أوغائباً محتملا تلفه بعد موت الموصى أم لا ، تلف بعد ذلك أم لا ؟ وذلك لان الثلث عين فلا حق للورثة فيه، وان تلف بعد موته الثلثان، اذ المعيار بالثلث وقت الموت ولم يفت من الموصى له شيء

لفرض وجود المعين، وكذلك حال العكس، كما اذا كان المعين غائباً، واحتمل تلفه بعد الموت، بل أوقبله، حيث انه ملك للموصي له.

أما الورثة فلهما الثلثان الحاضران، ولا شأن لهم في بقاء مال الموصى له ولاعدمه، بل قد عرفت انه كذلك اذا تلف الموصى به في حياة الموصى ، فان الوصية لما كانت خاصة بذلك المعين لم يكن للورثة خسارة اذا تلف في حياة الموصي.

أما اذا كان المعين الموصى به حاضراً و احتمل أن يكون تلف الثلثان الاخران في زمان حياة الموصى صح للموصى له التصرف في ثلث المعين لانه له على كل حال.

أما حقه في ثلثيه الاخرين، فانه ينكشف ببقاء بقية التركة، فاذا ظهر ان بقية التركة كانت موجودة الى زمان موت الموصى حق له التصرف في تمام المعين وان انكشف انها كانت تالفة كان ثلثا المعين للورثة ، وان انكشف تلف بعض الغائب في زمان حياة الموصى، كان التالف من الطرفين بالنسبة، مثلا: ان ظهر انه قد تلف نصف الغائب كان للموصى له من المعين بقدر ثلث الثلثين [المعين والغائب] وهكذا، ولو لم ينكشف هل بقي الغائب الى زمان موت الموصى أم تلف، فاللازم استصحاب بقائه فيملك الموصى له كل العين ، هذا اذا كانت الوصية بالمعين.

أما لو كانت مشاعاً فالغائب اذا تلف منه بعد موت الموصى كان الذاهب من الطرفين ، بالنسبة فكل ما يتلف يذهب ثلثه من الموصى له و ثلثاه من الورثة.

و كذا الحال اذا أوصى بوقف ثلثه ، فان قال : اوقفوا هذه الدار وتلف

الثلثان في حال حياتهلزم عليهم وقف ثلث العين، وان تلف بعد موته لزم وقف جميعها، ولو أوصى بوقف ثلث ماله ـ مشاعاً ـ فان تلف الثلثان كان اللازم وقف ثلث الثلث ، سواء كان التلف للثلثين في زمان حياة الموصى أو بعده كما لا يخفى .

واذا أوصى بثلث داره المملوكة كلها له في ظاهر الحال فظهر ثلثاها مستحقاً للغير انصرفت الوصية الى الثلث المملوك له ، فان كان له مايقابله مرتين، بأن كان ثلث الدار بقدر ثلث مايملك نفذت الوصية مطلقاً، وان لم يكن له الاذلك الثلث نفذت الوصية فيه ان أجاز الورثة ، والا نفذت في ثلث الثلث ، وهكذا ذكر أصل هذا الفرع الشرائع و غيره ، و علله في الجواهر بأن الوصية متى صادفت محلا قابلا للنفوذ نفذت و هو في الفرض متحقق ، وكذا البيع على الاصح قال : وجواز الفضولي فيه أوفيها أيضاً لا ينافي ذلك فما في المسالك من بناء هذه المسألة على ذلك في غير محله ـ انتهى.

ثم ان أوصى بكل الدار زاعماً انها له فظهر بعضها مستحقاً، فان كان له مال غيرها أواجاز الورثة، فالظاهر ان الوصية بالنسبة الى ما لايملكه من الدار تقع فضولية فان أجاز المالك لبعضها الاخر بدون مقابل أو بمقابل صحت والا بطلت وقد تقدم في الشرح للعروة صحة الوصية الفضولية لاطلاق أدلتها .

ولو اوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم للاشتراك لفظاً او معنى انصرف الى المحلل لاصالة الصحة في امر المسلم ، ولذا علله في الشرائع بقوله: تحصيناً لقصد المسلم عن المحرم.

أمـا تعليل الجواهر له بقوله تحصيناً لكلامه عن اللغـو ولوجوب تنفيذ الوصية ، فلذلك وجب صرفه الى المحلل ، ففي دليله الاخير نظر، اذ وجوب

التنفيذ فرع صحة الوصية فلا يمكن الاستدلال به عليها .

وكيف كان، فاذا اوصى فقد يعلم انه اراد المحرم، وحينئذ تبطل، وقد يعلم انه اراد المحلل وحينئذ تنفذ ، وقد لايعلم انه اراد ايهما وهو عارف بالحلال والحرام وحينئذ تنفذ اما اذا لم يكن يعرف الحلال من الحرام، واحتمل احتمالا عقلائياً انه اراد الحرام، فالظاهر النفوذ ايضاً، لان قوله عليه السلام: ضع امر اخيك على احسنه.(١) شامل لمثل هذه الصورة ايضاً، ولو كان لايبالي بالحلال و الحرام وكانت عنده زوجة واتخذ فاحشة ايضاً ، ويسميها زوجة لعدم المبالاة، او اتخذ خمساً للجهل، اوعدم المبالاة بحرمة الزائد على الاربع ، او ما اشبه ذلك، واوصى ان يعطى زوجاته كذا، فالظاهر اعطاء حتى المحرمة، اذ حرمة جعلها زوجة لا تسبب عدم شمول الوصية نعم ان اراد المحللة منهن لم يكن للمحرمة نصيب .

قال في الشرائع [في مسألة مالو أوصى بعود من عيد انه وله عود حلال وعود حرام] : ولولم يكن له عود الاعود اللهو قيل تبطل، وقيل تصح وتزال عنه الصيغة المحرمة ــ انتهى .

وظاهره التوقف، وجه الاول انها وصية بغير المشروع فهي مثل الوصية بالخمر غير القابل للتخليل ، ووجه الثاني ان كونها على الصفة المحرمة لايخرجه عن الملكية، والفرض عدم الوصية به مقيداً بابقائه على تلك الصفة حتى تكون الوصية به غير مشروعة، فاطلاق الوصية يشمله، وهذا هو الاقرب، وقد قواه الجواهر، واستثنى منه بقوله: نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود

---

(١) الوسائل : ج ٨ ص ٦١٤ الباب ١٦١ من أبواب أحكام العشرة ح ٣ ـ الأصل ص ٤٧٤ .

اتجه البطلان حينئذ ، لعدم التمكن من انفاذها على وجهها ، لان ازالة الصفة المحرمة متوقفة على اخراج اسمه القاضي ببطلان الوصية به ـ انتهى .

وفيه: انه اذا كان لمكسوره فائدة لم يكن وجه للبطلان اذ بطلان بعض الوصية ـ كالصفة هنا ـ حاله حال بطلان ذات بعض الوصية ، كما اذا أوصى بشاة وكلب هراش .

نعم ، اذا لم يكن لفاقد الوصف ، أي فائدة كان مقتضى القاعدة البطلان، ولا يخفى ان الفائدة أعم من انتفاع الموصي له به حالا ومالا ، كما اذا أوصى له بالسمك المحرم ، وقلنا بجواز بيعه ممن يستحل وأكل ثمنه، وكان هناك امكان البيع ، كما لم نستبعده في بيع سمك لا فلس له ممن يستحله من العامة وفقاً لبعض الفقهاء المعاصرين، ويؤيده قوله عليه السلام: بيعا ممن يستحل .

ولو أوصى بالمحلل، لكن عرف ان الموصي له يصرفه في الحرام كالسلاح يصرفه في قتل المؤمن، أو العنب يصرفه في الخمر، فالظاهر صحة الوصية، وانما يحال بينه وبين الصرف في الحرام ان امكن، والا لم يسلم اليه، وان كان ماله دفعاً للمنكر .

(مسألة ـ ٩ ـ) في بعض الوصايا المبهمة :

قال في الشرائع: من أوصى بجزء من ماله ففيه روايتان، أشهرهما العشر، وفي رواية سبع الثلث .

أقول: فمن الروايات الدالة على الاول حسن ابان، عن أبي جعفر عليه السلام قال: الجزء واحد من عشرة، لان الجبال عشرة، والطيور أربعة.[1] اشارة الى قوله سبحانه : « ثم جعل على كل جبل منهن جزءاً »[2] .

وصحيح عبد الله ابن سنان ، على مافي الاستبصار والمختلف والدروس، [كذافي الجواهر] وهي مذكورة في الوسائل أيضاً ان امرأة أوصت الي، وقالت: ثلثي تقضي منه ديني وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى، فقال: ماأرى لها شيئاً ماأدري ماالجزء، فسألت عنه أباعبدالله عليه السلام بعد ذلك، وخبرته كيف قالت المرأة وماقال ابن أبي ليلى؟ فقال عليه السلام : كذب ابن أبي ليلى عشر الثلث ، ان الله عز وجل أمر ابراهيم عليه السلام ، فقال : « اجعل على كل جبل منهن جزءاً » وكانت الجبال يومئذ عشرة ، فالجزء هـو العشر من الشيء.[3]

وخبر معاوية بن عمار، سألت أباعبدالله عليه السلام، عن رجل اوصى بجزء من ماله ؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله عز وجل : « ثم جعل عـلى كل جبـل منهن جزءاً »[4] .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٢ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الفقيه ج ٢ ص ٢٨٥ .
(٢) البقرة : آية/٢٦٠ . .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٣ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٣ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٣ .

وخبر عبدالصمد بن بشير ، عن جعفر بن محمد عليه السلام في حديث انه سأل عن رجل اوصى بجزء ماله ؟ فقال : هذا في كتاب الله، ان الله يقول: « اجعل على كل جبل منهن جزءاً » .(١)

ومرسل ابن جعفر بن سليمان في حديث : ان رجلا مات واوصى اليه بمأة الف درهم، وامره ان يعطي اباحنيفة منها جزءاً، فسأل عنه جعفر بن محمد عليه السلام وابوحنيفة حاضر ، فقال له جعفر بن محمد عليه السلام: ماتقول فيها ياابا حنيفة ؟ فقال: الربع ، فقال عليه السلام : لابن ابى ليلى ؟ فقال: الربع ، فقال جعفر بن محمد عليه السلام: من اين قلتم الربع؟ فقالوا: لقول الله تعالى: « فخذ اربعة من الطير »(٢) الى آخره، فقال ابوعبدالله عليه السلام: من هذا قدعلمت الطير اربعة، فكم كانت الجبال انما الاجزاء للجبال ليس للطير، قالوا: ظننا انها اربعة فقال ابوعبدالله عليه السلام: لا، ولكن الجبال عشرة.(٣) الى غير ذلك من الروايات التي توجد جملة اخرى منها في المستدرك وغيره .

والظاهر انه امر تعبدى علم الامام عليه السلام به من حكم الله تعالى، وانما استدل بالاية اقناعاً لاعلة ، ولو كان ذلك الحكم التعبدى عبارة عن لزوم اخذ ما في القرآن الحكيم من باب البطون، فان للقرآن الى سبعين بطن ، فهو في التشريعات والتكوينات، مثل الاشياء المتسلسلة في التكوينات، مثلا : شراب مربى التفاح من مرباه، وهو من مائه وهو من التفاح، وهو من زهره، وهو من شجره، وهو من التراب الذي يحلل ايضاً الى اجزاء يتكون منها التراب، الى غير ذلك.

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٨ .

(٢) سورة البقرة : الآية/٢٦٠ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٦ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٩ .

ولعله اريد بالبطون في القرآن مثل ذلك، والافاللازم كون الوصية تابعة لارتكاز الموصى ان كان له ارتكاز، وان لم يكن فالمرجع الاطلاق الشامل في المقام لاقل العشر.

ومن ذلك يعلم، ضعف تعليلات الجواهر وغيره، مثل ضعف تعليل دعائم الاسلام.

فقد روي عن ابى‌عبدالله عليه‌السلام: ان رجلا من اصحابه قال‌له: ان‌امرأة عندنا اوصت‌بثلثها، وقالت: يعطى منه جزء افلان، وجزء افلان، وابن ابى‌ليلى دفع ذلك‌اليه فأبطله، وقال: انماذكرت شيئاً ولم تسمه، فقال له ابو عبدالله عليه السلام: لم‌يدر ابن‌ابى‌ليلى وجه‌الصواب، الجزء واحدمن‌عشرة، يعنى صلوات الله عليه السلام ان الاجزاء كلها يتجزىء من عشرة، فمادونها يقال نصف وثلث وربع كذلك الى العشرة، وليس كذلك فوقها.(١)

اقول: اراد بذلك ان ماله اسم هو من‌النصف الى‌العشر، اما‌اقل منه فليس له اسم خاص، بل يقال‌له جزء من احد عشر، وجزء من‌اثنى عشروهكذا،وانت تعرف ضعف هذا التعليل، اذ لاتلازم بين‌لفظ الجزء وبين كون ذلك الكسر له اسم خاص.

وكيف كان، فاذا علم ان ارتكاز الموصى غير ذلك قلة أو كثرة عمل بالارتكاز، لان ذلك هو الموصى به، ولادليل على ان الروايات تشمل حتى مثل هذه الصورة، فان العقود والوصايا و الاقارير والايقاعات تتبع القصود فاذا علمنا‌ان‌الموصى‌يريد أكثرمن‌العشرولم نعلم هل‌هو‌النصف الى‌الثمن، مثلا

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٦ من أبواب الوصايا ح ٥ .

أعطى الثمن لانه متيقن وماعداه مشكوك ولو علم انه اراد جزءاً من العشرين الى جزء من أحد عشر، أعطى جزءاً من العشرين وهكذا ولو كان في دين آخر [الجزء] كسر غير العشر اتبع ذلك الدين ، لقاعدة الزموهم [1] ، ولا يخفى ان المراد بالعشر في الروايات العشر من كل التركة ،لا العشر من الثلث، اللهم الا اذا ذكر الموصى اجزاء كثيرة فقال : (اعطوا محمداً وعلياً ـ الى ان عدد عشرين اسماً مثلاً، كل واحد جزءاً) أو الى ان عدد أربعة أسامي ، فانه لايعطي كل واحد جزءاً من عشرة لانه في الاول غير معقول .

وفي الثاني يكون أكثر من الثلث ، وفي مثل ذلك يقسم الثلث على عشرين جـزءاً في الاول فيكون لكل واحد ، واحد من ستين جزء من التركـه وفي الثاني يعطى لكل واحد عشر باستثناء القدر الناقص أي ثلاثة اعشار وثلث عشر ـ لانه بقدر الثلث الذي لاحق للموصي في اكثر منه ، وهكذا في سائر الامثلة والظاهر انه لافرق بين اللغة الفارسية و العربية في ذلك ، لان كليهما يعبران بـ (الجزء) ثم في قبال الروايات السابقة جملة من الروايات تقول بالسبع في مثل تلك الوصية كصحيح البزنطي سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة ان الله يقول لها سبعة ابواب [2] [3] ، وخبر اسماعيل بن همام الكندي ، عن الرضا عليه السلام في الرجل أوصى بجزء من ماله فقال : الجزء من سبعة ان الله يقول : «لها سبعة أبواب» [4] .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الاخوة والأخوات ح ٢ و ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٢ .
(٣) الحجرات : آية/٤٤ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٣ .

والمرسل الذى رواه المفيد ، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى بجزء من ماله ولم يعينه فاختلف الوارث بعده في ذلك ، فقضى عليهم باخراج السبع من ماله ، وتلى قوله تعالى : «لها سبعة أبواب»(١) وكذا المرسل المروى عن فقه الرضا عليه السلام(٢).

أقول : وهنا لطيفة وهي انه ربما علل كون الابواب سبعة لجهنم وثمانية للجنة ، ان مراكز العصيان في الانسان سبعة : العينان ، والاذنان ، واللسان ، واليدان ، والرجلان ، والبطن ـ حيث يأكل الحرام ـ والفرج ، و ربما جعل الانف مكان البطن ، حيث ان الاكل الحرام ، و الكلام الحرام كليهما من الفم والشم فى الحج من المحرمات.

وعلى أى حال ، يضاف على تلك السبعة مورد ثامن للطاعة ، وهو التفكر فقد ورد : فكرة ساعة خير من عبادة سبعين سنة(٣) بينما ان مفكر العصيان غير معاقب عليه الى غيرها من التوجيهات ، وهي وان كانت محتملة لكنها غير معلومة .

وكيف كان ، فالقولان مشهوران بين الاصحاب ، وان كان السبع أشهر فتوى ، فبالنسبة الى السبع .

قال في مفتاح الكرامة : في الخلاف والغنية الاجماع على ذلك ، وفى كشف الرموز انه الاظهر بين الاصحاب ، وفى السرائر انه الاظهر فى الاقوال والاخبار ، وفي المسالك انه مذهب الاكثر ، وفى المفاتيح انه أشهر .

أقول : ولذا قال فى الجواهر: ان اشهر القولين فتوى السبع ، أما القول

---

(١) الحجر : آية/٤٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٧ .

(٣) البحار : ج ٦٨ ص ٣٢٧ .

بالعشر ، فانه محكي عن الصدوقين والتهذيبين و النافع ـ كما في الشرائع ـ والمختلف والايضاح والدروس واللمعة والروضة وجامع المقاصد ، وفي مفتاح الكرامة : ان ظاهر ايضاح النافع انه اجماع ، حيث قال : قطعا ، الى غيرهم .

نعم ، توقف في المسألة بين القولين محكي المبسوط والمهذب البارع والمقتصر والمفاتيح ، والاقرب قول المشهور لقوله عليه السلام : خذ بما اشتهر بين أصحابك ، فانه وان لم يكن الطرف الاخر شاذاً نادراً ، الا انه لما كان المشهور المعيار كان طرفه غير معيار ، اذ يدور الامر بين كون [الشاذ] عدمه معياراً أو كون [المشهور] وجوده معياراً لكن حيث انصب الكلام على المشهور كما هو الظاهر من كل كلام متقدم على كلام متأخر كان اللازم أن نقول بالاول أما ترجيح الجواهر قول العشر بوجه اعتباري فلا يخفى ما فيه فراجعه .

وان شئت قلت : ان المقام من أظهر مصاديق تعارض الروايات ولا جمع دلالي بينهما فاللازم الرجوع الى المرجحات الخارجية ، أما جمع الصدوق بينهما بأنه قد جرت العادة في السابق لاصحاب الاموال بتجزئة المال تارة عشرة واخرى سبعة فينصرف الجزء حينئذ على حسب ما وقع من التجزئة ، وقال ايضاً : ان حمل الجزء على العشر والسبع انما يصح اذا كانت الوصية من العارف باللغة دون غيره من جمهور الناس ، فانه لا تصح الوصية منه بذلك حتى يبينه ـ انتهى فمنظور فيه ، كما ان حمل الشيخ روايات السبع انه للوارث بعد رجحان العشر فتوى كأنه لصرف الجمع ، والا فظاهر كل طائفة تنافي الطائفة الاخرى ، وليس المقام ، مثل ما لو قال المولى : اعط الفقير الفلاني عشرة وقال مرة اخرى ـ

لنفس الموضوع ـ اعطـه سبعة ، حيث يفهم العـرف كفاية سبعة وان جاز العشرة .

وكيف كان، فقد ورد في خبر الحسين بن خالد قال : سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله ، قال : سبع ثلثه ،[1] ولم نجد عاملا به ، وقد احتمل بعضهم ان مراد السائل انه اذا وصى بجزء من الثلث ، ويؤيده انه ورد مثله في العشر .

فقـد روى ابن سنان ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن امرأة أوصت بثلثها يقضى به دين ابن اخيها وجزء منه لفلانة وفلانة فلم أعرف ذلك فقدما الى ابن ابي ليلى ؟ فقال : ليس لهما شيء ، فقال عليه السلام : كذب والله لهما العشر من الثلث.[2]

ثم ، انه ان قـال الموصي : جزء لفلان و فلان ، فان فهم منه لكل واحد جزء ، قسم السبع بينهما ، وان فهم ان لكل جزءاً أعطى كل واحد منهما سبعاً.

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٤ . .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٦ .

(مسألة ـ ١٠ ـ) لو أوصى بسهم من ماله، كان اللازم اعطائه الثمن على ما هو مذهب الاكثر، كما عن التذكرة والمختلف وجامع المقاصد وعن المسالك وملاذ الاخبار والكفاية انه المشهور، وعن الرياض ان عليه عامة من تأخر وعن السرائر انه المعمول عليه، وعن ايضاح النافع الاجماع عليه، خلافاً لمن قال انه واحد من ستة و هو المنسوب الى والد الصدوق و المقنع و المبسوط و الخلاف والغنية، بل عن الاخيرين الاجماع عليه ـ كذا نقله مفتاح الكرامة ـ.

وقال في الجواهر: ان الثمن هو قول الأكثر، بل المشهور، ويدل عليه صحيح البزنطي انه سأل أبا الحسن عليه السلام، عن رجل أوصى بسهم من ماله ؟ فقال: السهم واحد من ثمانية ثم قرأ عليه السلام: «انما الصدقات» الآية.[1]

وكذا في حسن صفوان وموثق السكوني، وعن المفيد في ارشاده انه نسبه الى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أوصى عند موته بسهم ولم يبينه فاختلف الورثة في معناه فقضى عليهم بذلك، تلا الآية[2].

وروي العياشي في تفسيره استدلال الامام الرضا عليه السلام بالاية، ثم قال عليه السلام: ان السهم واحد من ثمانية[3]. الى غيرها.

أما من قال بالستة، فقد استدل له بجملة من الروايات:

مثل ما رواه الصدوق قال: روي ان السهم واحد من ستة، ثم قال: متى أوصى بسهم من سهام المواريث كان واحداً من ستة و من أوصى بسهم من

(١) سورة التوبة: الآية/٦٠. وانظر: تفسير العياشي: ج ٢ ص ٩٠ ح ٦٦.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٢.

سهام الزكاة كان واحداً من ثمانية ويمضي الوصية على مايظهر من مراد الموصى.(١)

أقول: الظاهر انه أراد ان الارث اصوله ربع وثلث ونصفهما وضعفهما كما ذكروا.

وقال في معاني الاخبار: روي ان السهم واحد من ستة، وذلك حسب ما يفهم من مراد الموصى على حسب ما يعلم من سهام ماله، لكن في الوسائل بعد نقل ذلك عن المعاني قال: هذا محمول على التقية.(٢)

و عن دعائم الاسلام ـ كما في المستدرك ـ عن أبى عبد الله عليه السلام انه قال: في رجل أوصى لرجل بسهم من ثلثه؟ قال: يعطى سدسه، لان السهام من ستة.(٣)

وعن الرضوي عليه السلام قال: فان أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة أسهم، وعن الصدوق في المقنع والهداية مثله.(٤)

ولعل وجه حمل الوسائل الرواية(٥) على التقية ما نقل عن ابن قدامه في المغنى أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ان رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم السدس (٦)

وكيف كان، فالعمل على المشهور والاجماع المدعى على خلافه ممنوع ولذا قال الجواهر: انه مظنة العكس.

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٥.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٦.
(٣) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٢.
(٤) المصدر: ص ٥٢٧ ح ٣.
(٥) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٩ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٥.
(٦) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٥ من أحكام ذيل الوصايا ح ٦.

وكيف كان، فما في خبر طلحة بن زيد، عن أبي عبدالله عليه السلام ، عن أبيه قال : من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة، لاعامل به [1]. ولعله حصل الوهم للراوي بين الجزء والسهم ، ففسر الأول بالثاني من غير ملاحظة الفرق بينهما في الروايات، وان لم يكن فرق بينهما لغة أو عرفاً .

ثم ان الجزء اذا كان من سبعة والسهم من ثمانية وشك انه قال: الجزء أو السهم، أوقال: بلغة اخرى يكون معناه أي منهما، فهل اللازم اعطائه الاقل للاصل أو الاكثر للاحتياط ، أو القرعة لانه لكل امر مشكل ؟ أو جريان قاعدة العدل في التفاوت ؟ احتمالات ، وان كان لا يبعد الاول ، اما القاعدة فلما ذكرناه مكرراً من انه القاعدة في الماليات ، فتأمل .

---

(١) الوسائل : ج ٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أحكام الوصايا ح ٤ و ٥ .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: لو كان قد أوصى بشيء كان سدساً بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الظاهر انه اتفاقي كما في المسالك، بل ظاهر التذكرة وايضاح النافع الاجماع عليه.

وقال في مفتاح الكرامة: بعد أن حكى الاجماع على السدس من الخلاف والغنية والمسالك والمفاتيح وظاهر التذكرة وايضاح النافع، كأنهم لم يظفروا بما في المقنع من انه واحد من عشرة، أو لم يعبأوا به لندرته.

وكيف كان، فيدل عليه خبر أبان، عن علي بن الحسين عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال عليه السلام: الشيء في كتاب علي عليه السلام واحد من ستة.[1]

أما ما عن المقنعة من الاستدلال عليه بقوله تعالى: «ولقد خلقنا الانسان من طين»[2] الآية ـ فخلق الانسان من ستة أشياء،[3] فكانه أراد التأييد لا الاستدلال.

وعن فقه الرضا عليه السلام، وكذلك اذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهي واحد من ستة.[4]

وعن الصدوق في الهداية ـ وهي متون الاخبار ـ كذلك.[5]

ثم انه لو أوصى بما جمع اللفظين: مثل سهم من جزء، أو بالعكس أو ما أشبه، ففي الجواهر في جريان الحكم فيه وجهان.

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٦ من أبواب الوصايا ح ١.
(٢) السجدة: آية/٧.
(٣) معاني للاخبار ص ٦٥.
(٤) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٢.
(٥) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٣.

أقول : لايبعد التكسير ، كما في جزء الثلث حيث يكسر الثلث لاكل التركة ، ولو قال: أعطوه جزءاً وسهماً و شيئاً أعطى الكل أي أربعاً وعشرين وثلثا من ستة وخمسين ، اذا أجاز الوارث والا أعطى الثلث فقط .

ثم انه قال في القواعد : وما عدا ذلك يرجع الى تعيين الوارث فيقبل،و ان قل كقوله أعطوه حظاً من مالى، أو نصيباً أو قسطاًأوقليلا أو جزيلا أويسيراً أو عظيماً .

قال فى مفتاح الكرامة : لا أجد فيهخلافاً ولاتردداً، وان قل من تعرض له.

أقول : و ذلك للاطلاق المحمول على أي فرد صدق عليه ذلك اللفظ ، والظاهر انه لايرجع الى القرآن الحكيم فى ذلك ، وان كان فيه شبهة مثل ما اذا أوصى أن يعطى ضغثاً ، حيث فسر فى القرآن بمأة عودة وهكذا ، اذ لا دليل على ذلك والمناط غير مقطوع به .

(مسألة ـ ١٢ ـ) لو أوصى بصرف ماله في وجوه من الخير فنسي الوصي وجهاً، أو وصلت الوصاية الى من لم يعلم بوجه، وان لم ينس، جعله في وجوه البر كما هو المشهور، ونسبه الى المشهور ايضاح النافع والمسالك والمفاتيح والى الاكثر الكفاية، وعليه الفتوى كما عن التنقيح وبلا خلاف الامن الحلي تبعاً للطوسي في بعض فتاواه، كما عن الرياض، خلافاً لما عن السرائر وحائريات الشيخ وكشف الرموز، حيث قالوا بأنه يصير ميراثاً، ولا ترجيح لاحد المذهبين في التحرير وغاية المراد والمهذب البارع ـ على ما حكي عن بعضهم ـ لكن في مفتاح الكرامة ان المذهب لم يوضع على الترجيح .

وكيف كان ، فالاقرب قول المشهور لجملة من الروايات .

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن الريان قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها كيف يصنع ؟ في الباقي فوقع الابواب الباقية اجعلها في البر[1] .

ومثلها رواية الصدوق في المقنع فانه متون الروايات على ما ذكروا وقد ايد ذلك في مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما بماورد في المنذور للكعبة انه يصرف الى زوارها ، حيث يتبين ان المصرف هو ارتكاز الناذر لاعين ماذكر، وفي من أوصى ان يحج عنه بمال لايفى به انه يصرف في البر ويتصدق به، وكذلك في الوقف اذا جهل الموقوف عليه، ممايظهر منه ان الشارع اعتبر مايعتبره العرف من كون هذه المقامات من باب تعدد المطلوب ، فان تعذر المطلوب

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١ من أبواب الوصايا ح ١ . .

الاشد رجع الى المطلوب الاخف، بل لو لم يكن دليل شرعي لم يستبعد القول بذلك من باب انه عرفي لم يردع الشارع عنه .

أما سائر الوجوه التي ذكرها الكتابان فانها ترجع الى الوجهين الاولين من الروايات والارتكاز ، لكن لايخفى ان الصرف في وجوه البر في الجملة، اذ هناك صور :

الاولى : ان ينسى الوجه مطلقاً مع عدم العلم بالتقييد ، وهذا كما ذكروا .

الثانية : العلم بالتقييد بأن الموصى لايريد الا الوجه الذي ذكره بالتصريح أو بالقرائن القطعية، والامر حينئذ يرجع ميراثاً ، اذ لا ارتكاز، والرواية منصرفة عن مثله .

الثالثة: ان لايكون تقييد، وقد ذكر الوصي الوصية على نحو العلم الاجمالي كما لو تذكر انه أوصى لاحد علماء البلد ، ولكنه نسي انه ذكر من منهم ، فانه لايصرف في مثل المسجد ، وانما المرجع القرعة أو قاعدة العدل .

الرابعة : ان يعلم الموصى به على سبيل الاجمال ــ بدون العلم الاجمالي ــ بأن يعلم انه كان من قبيل البناء لا من قبيل سائر وجوه البر ، لكنه لايعلم هل كان بناء حسينية ، أو دار يتيم ، أو مدرسة أو ما أشبه ؟ وفي هذه الصورة يصرفه في ذلك القبيل لا في كل وجوه البر .

أما القول الاخر ، فقد استدل له ببطلان الوصية لتعذر القيام بها ، وفيه : انه لاوجه للبطلان بعد النص والارتكاز ومناط النظائر .

ومما تقدم ظهر ، ان الامر كذلك في الصرف في الوجوه فيما اذا حيل بين الوصي وبين الصرف في الوجه المعين ، وان علمه، كما اذا هدم الظالم ذلك المسجد الذي اوصى له او ذهب به السيل وصار مستنقعاً او ما اشبه من وجوه التعذر .

ثم انه انما يصرفه في سائر الوجوه مع النسيان ونحوه اذا فحص ولم يجد اوتروى وانتظر في محتمل الكشف ، اومحتمل الامكان في صورة التعذر فعلاً ، لان ذلك مقتضى وجوب العمل بالوصية بالاضافة الى ماذكرناه غير مرة من لزوم الفحص في الشبهات الموضوعية ، ومثل النسيان والتعذر عقلا التعذر شرعاً ، كما اذا أوصى باعطاء قرآن الى فلان فارتد ، حيث لايمكن شرعاً تسليمه القرآن أو أوصى بأن يبني مراحيض في ساحة موات فجعلها انسان مسجداً ، الى غير ذلك .

ثم لافرق في وجوه البر بين الوجوه الباقية أو الزائلة ، مثل الاطعام به أو وقفه مسجداً لاطلاق الدليل السابق ، نعم ذلك اذا لم يكن يتذكر انه أراده باقياً من مسجد أو مدرسة أوحسينية مثلا ، والادخل في العلم اجمالا ، أوالعلم الاجمالي .

(مسألة -١٣-) قال في القواعد : لو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب دخل المظروف .

أقول: وذكر بعضهم الكيس والوعاء ، وهذا هو المشهور ، كما عن الكفاية وعن المسالك انه مشهور بين المتقدمين والمتأخرين ، وعن المقتصر ان عمل الاصحاب على رواية أبي جميلة ، وعن التذكرة نسبته الى علمائنا ، وفي الجواهر عن ايضاح النافع الاجماع عليه، ويدل على ذلك بالاضافة الى انصراف الوصية الى الاعم من الظرف والمظروف في الاشياء الجزئية غالباً جملة من الروايات.

مثل رواية أبي جميلة المفضل بن صالح قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف ، فقال : الورثة انما لك الحديد وليس لك الحلية ؟ فكتب الي : السيف له وحليته.[1]

أقول : - هذا بناءاً على شمول الحلية للقراب -.

وخبره الاخر سألت الرضا عليه السلام ، عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال الورثة : انما لك النصل وليس لك المال ؟ فقال لابل السيف بما فيه لـه ، قال : فقلت : رجل أوصى بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك المال ؟ فقال عليه السلام : الصندوق بما فيه له.[2]

وخبر عقبة سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك ما فيه ؟

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥١ الباب ٥٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥١ الباب ٥٧ من أبواب الوصايا ح ١ .

فقال عليه السلام : الصندوق بما فيه له[١].

وخبره الآخر عنه عليه السلام ، أيضاً قال: سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام ايعطيها الرجل وما فيها ؟ فقال عليه السلام : هي للذي اوصى له بها الا ان يكون صاحبها متهماً وليس للورثة شيء .

فان هذه الرواية ، وان كانت خارجة عن باب الوصية لانها من باب الاقرار بقرينة [الا ان يكون متهماً] حيث قد تقدم الكلام في صحة الاقرار اذا كان المقر متهماً، الا ان لها دلالة على ان ما في السفينة لمن له السفينة ، ولو ان الدلالة بسبب جواب الامام بالاطلاق عن سؤال [وفيها طعام] .

اما قول الامام عليه السلام : هي للذي اوصى له بها فلا دلالة فيها على الوصية اذ هي تعبير آخر عن الاقرار في حال الموت لانه ايضاً نوع وصية[٢].

نعم ، هذه الرواية رواها الصدوق (كما فى الوسائل) بهذا اللفظ [الا ان يكون صاحبها استثنى مما فيها] ومع الغض عن [مما] مكان [ما] تكون الدلالة على الوصية أقوى .

ومثل الروايات المتقدمة مارواه الصدوق في الهداية ، عن الصادق عليه السلام ، انه سأل عن رجل أوصى لرجل بسيف كان فى جفنه وكان عليه حلية فقال له الورثة : انما لك النصل ؟ فقال : السيف بما فيه له[٣].

وروى فيها أيضاً عنه عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى لرجل بصندوق

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٢ الباب ٥٨ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٢ الباب ٥٩ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٢ .

فيه مال فقال: الصندوق بمافيه له[١].

وفي الرضوي عليه السلام واذا أوصى رجل لرجل بصندوق أوسفينة وكان في الصندوق أوالسفينة متاع أوغيره فهو مع مافيه لمن أوصى الا ان يكون قد استثنى مافيه[٢] ـ وهذا يؤيد نسخة الصدوق في الاستثناء ـ.

وروى الصدوق في الهداية أيضاً، عن الصادق عليه السلام، انه سأل عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم مافيها وفيها طعام؟ قال هي للذي أوصى له بها وبما فيها الا ان يكون صاحبها استثنى مافيها، وليس للورثة فيها شيء[٣] ـ هذه الروايات رواها المستدرك ـ.

وكيف كان، فقد ظهر من هذه الروايات والشهرة المحققة وكون ذلك مقتضى القاعدة لانصراف الوصية، اذا لم يمكن انصراف مضاد ـ كما اذا كان في السفينة او الصندوق اموال كثيرة، لايوصى بمثلها لمثل الموصى له غالباً ـ.

ان قول المختلف وفخر المحققين وأبي العباس وغيرهم لعدم دخول الجفن والحلية في الوصية بالسيف، وقول الدروس وجامع المقاصد والكفاية وغيرهم بعدم دخول مافي السفينة في الوصية بها .. محل نظر.

أما ماحكي عن الكفاية ـ كما في مفتاح الكرامة ـ من ان عدم الدخول في الجميع هو المشهور فلم يظهر وجهه.

ثم ان من الواضح، انه انما يدخل المذكورات في الوصايا المذكورة

---

(١) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢.
(٢) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ١.
(٣) المستدرك: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١.

اذا لم يكن المجموع زائداً على الثلث ، أو اجاز الورثة ، والا كان اللازم بطلان الوصية بالنسبة الى الزائد عنه والظاهر انه لافرق في البطلان بين ماذكر في الوصية وبين تلك التوابع ، لان البطلان يكون في التوابع فحسب ، فلا فرق بين ان يقول : السيف وجفنه ، أو ان يقول : السيف وذلك لان كليهما مدلول الكلام فاحتمال الصحة في كل السيف و البطلان في كل الجفن ، أو الزائد منه من الثلث غير وجيه .

(مسألة ـ ١٤ـ) قال في الشرائع : ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته لم يصح ، وهـل يلغوا اللفظ فيه تردد بين البطلان وبين اجرائه مجرى من اوصى بجميع ماله لمن عـدا الولد فيمضى فى الثلث ويكون للمخرج نصيبه من الباقى بموجب الفريضة والوجه الاول ، وفيه رواية بوجه آخر مهجورة ـ انتهى .

أقول : الاول عليه الاكثر ، كما عن المسالك والكفاية أو المشهور ، كما عن المختلف والايضاح والمهذب البارع أو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً كما فى الجواهر أو انه الذى عليه الاصحاب ـ المشعر بالاجماع ـ كما عن المقتصر خلافاً لمن يأتى ممن عملوا برواية السرى .

وأما الثاني : بأنه وصية باخراجه من الثلث فيكون الثلث لباقى الورثة فهو المحكى عن المختلف ، و عن الخراساني انه استظهره ، وتبعهما صاحب الجواهر .

أما الاول : فهـو مستند الى الكتاب والسنة والاجماع المتقدم لانه من الجنف في الوصية .

وعن محمد بن قيس ، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل توفى و اوصى بماله كله أو اكثره ؟ فقال عليه السلام : له الوصية ترد الى المعروف غير المنكر ، فمن ظلم نفسه وأتى فى الوصية المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف ويترك لأهل الميراث ميراثهم.[1]

وعن مسعدة بن صدقة ، عن جعفر بن محمد عليه السلام ، عن أبيه قال: من

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٨ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته ، ومن جارفي وصيته لقي الله عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض[١].

وعنه ، عن أبيه عليهما السلام ، قال علي عليه السلام : الحيف في الوصية من الكبائر[٢] وفي رواية اخرى : الضرر في الوصية من الكبائر[٣] .

وعن السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام ، قال:قال علي عليه السلام ما ابالي اضررت بولدي أوسرقتهم ذلك المال[٤].

وفي رواية ابن المغيرة مثله ، الا انه قال : أضررت بورثتي[٥]. الى غيرها من الروايات .

بل في الصحيح ، عن رجل كان له ولد يدعيه ثم اخرجه عن الميراث ، وانا وصيه فكيف اصنع؟فقال عليه السلام: لزم الولد لاقراره بالمشهد ولايدفعه الوصي عن شيء علمه[٦].

والاية وهذه الروايات بضميمة ماتقدم وغيره تدل على المنع عن مطلق اخراج الموصي ورثه ، وان لم يكونوا اولاداً .

وأما الثاني : فقد عرفت ان جماعة قالوا : ان الوصية تلغى حتى يكون

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٤ من أبواب الوصايا ح ١ ـ الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٦ ح ١ . .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٦ الباب ٩٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ .
انظر الفقيه : ج ٢ ص ٢٨٢ ـ التهذيب : ج ٢ ص ٣٩٨ .
الفروع : ج ٢ ص ٢٥٢ .

وجودها كعدمها ، خلافاً لمن قال بصحتها بالنسبة الى الثلث ، استدل الاول بان الاخراج من الثلث اعم من الوصية بالمال لباقي الورثة ، فانه وان رجعت الحصة اليهم لكن ليس ذلك وصية لهم ، واذا لم يشمله دليل الوصية كان لغواً .

وفيه : ما ذكره الجواهر قال : ان الوصية بالاخراج وان لم تكن وصية بالباقي للباقي ، لكنها نفسها وصية ضرورة عدم الفرق فيها بين الامر والنهي والاعطاء و عدمه في نفوذ جميع ما اوصى به من الثلث ، فهو كما لو صرح باخراجه من الثلث ، فانه لااشكال في اختصاص غيره من الورثة به لا الوصية به لهم ، بل لاخراج الولد مثلا منه فيبقى ارثاً لغيره ولا يعتبر في الوصية قصد الوصية ، كما لايعتبر فيها سوى العهد بما اراده ، والشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث بل ابقاها فهو مسلط عليه دفعاً ومنعاً ، فاذا اخرج بعض الورثة عن المال كله نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلط عليه ولم ينفذ في غيره ، كما لو اعطى المال كله لبعضهم فانه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره ــ انتهى .

فاذا قال : لاتعطوا ابني زيداً ارثاً ، وكان له ثلاثة اولاد و له تسعة دنانير لزم اعطاء زيد دينارين ، واعطاء كل ولد آخر ثلاثة دنانير ونصفاً ، حيث ان الوصية اقتضت حرمانه من الثلث الذي للموصي حق فيه ، لامن الثلثين الذي ليس للموصي حق التصرف فيه فهو بوصيته وفر للدين الاخرين ديناراً يقسم بينهما .

ولو قال في المثال : لاتعطوا لاحد من اولادي شيئاً بل اعطوا ارثي لفلان اعطي فلان ثلثه واعطي كل ولد دينارين .

ولو قال في المثال لاتعطوا لولدين من اولادي زيد وعمرو شيئاً كان لكل منهما ديناران وخمسة دنانير لولده الثالث الذي لم يستثنه .

ولو قال : اعطوا كل مالي لزوجتي اضيف الى حصتها ثلث اموال الميت واللازم اعطائها قدر الثلث من ارض الميت ونقده بالنسبة اي لايعطى لها كل الثلث من الارض، ولا كل الثلث من النقد ، اذ لا وجه لاحد الامرين بل اللازم اعطائها الثلث من النقد والارض بالنسبة فاذا كان كل واحد منهما قدر نصف مال الميت اعطيت ثلث الارض وثلث النقد بالاضافة الى ارثها ربعاً او ثمناً وهكذا واعطى الباقي الذي يبقى بعد الثلث وحصتها الارثية ، لسائر الورثة ومن الواضح انه لايلاحظ كون الزوجة لاترث من الارض اذا اخذها من الارض حينئذ انما هو بالوصية لا بالارث .

ومنه يعلم، انه لو قتله احد أولاده فقال قبل موته : اعطوه كل ارثي، اعطى الثلث، فانه ليس ارثاً حتى يقال: ان القاتل لايرث، بل وصية ، وهي تنفذ بالنسبة الى القاتل وغيره .

وأما الرواية التي أشار اليها المحقق، فهي رواية علي بن السري التي عمل بها الصدوقان وجعلها الشيخ قضية في واقعة [والمراد بها انها بملاحظة أمر خارجي ولا نعلم ما هو سبب الحكم بذلك ، فلا يمكن ان يؤخذ بها لقاعدة كلية، اذ الاصل في الروايات أخذها قاعدة كلية، أما اذا لم يمكن الاخذ بها كذلك لزم ان يحتمل جهة خارجية، حتى لا تطرح، فان الطرح ينافي الروايات التي تدل على عدم طرح الروايات، بل ردها اليهم عليهم السلام والتسليم لهم، وكيف كان، مثلا يقال : انه عليه السلام انما حرم الولد المذكور من الارث لانه علم انه ليس بولد الميت بعلم الغيب أو ما أشبه ذلك] .

قال الراوي : قلت لابي الحسن موسى عليه السلام ، ان علي بن السري توفي فأوصى الي وان ابنه جعفراً وقع على ام ولد له فأمرني بأن اخرجه عن

الميراث؟ قال: فقال عليه السلام: اخرجه، وان كنت صادقاً فيصيبه خبل: قال: فرجعت فقدمني الى أبي يوسف القاضي ـ فقال له: أصلحك الله اناجعفر بن علي السري، وهذا وصي أبي فمره فليدفع الى ميراثي من أبي؟ فقال لي أبو يوسف القاضي: ماتقول؟ فقلت: نعم، هذا جعفربن علي السرى، واناوصي علي بن السرى؟ قال: فأدفع اليه ماله، فقلت: اريد ان اكلمك فأذن لي فدنوت، حيث لايسمع أحد كلامي، فقلت: هذا وقع على امولد لابيه فأمرني أبوه وأوصى الى ان اخرجه من الميراث، ولاأورثه شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فاخبرته وسألته فأمرني ان اخرجه من الميراث ولاأورثه شيئاً، فقال: الله ان أبا الحسن أمرك؟ قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً، ثم قال لي: انفذ ماأمرك أبو الحسن به فالقول قوله[1].

قال في الجواهر: ظاهر الصدوقين ذلك، لكن في الولد الذى قدأحدث الحدث المزبور دون غيره، وحينئذ يكون عدم النفوذ في ماعداه مجمعاً عليه، بل لعله كذلك فيه أيضاً لعدم قدح خلاف مثلهما فيه ـ انتهى.

ثم لوقيل به هل يتعدى الى الحفيد و الجد، والى الفاحشة بالام، أوبزوجة الاب؟ احتمالان، لكن لماكانت الرواية مهجورة واحتمل فيها انهاقضية في واقعة ولومن جهة ولاية الامام عليه السلام، من باب عقوبة المنكر أو ماأشبه ذلك، لم يكن للبحث في خصوصياته مزيد فائدة.

ثم الظاهر انه لوقال: لاتعطوا ولدي الاكبر شيئاً من ميراثى، لم يعط من الحبوة، لانه كالوصية باعطاء الحبوة لغيره، وتكون بين سائر الورثة لا لاكبر

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٦ الباب ٩٠ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ الفقيه ج ٢ ص ٢٨٢.

الاولاد بعده، اذلادليل على انه لاحق في الوصية بالحبوة فالاصل صحتها ، كما لادليل على اعطائها أكبر الاولاد بعدالولد الاكبر اذا كان فيه محذور، واذاأوصى الكافر بعدم اعطاء بعض ورثته، فان صح ذلك في مذهبهم عملنا بوصيته من باب الزموهم ، وان كان لايبعد التخيير بالعمل بالنسبة الى ذلك بديننا أو بدينهم من باب الجمع بين قاعدة الالزام،[1] وقوله سبحانه : «ان احكم بينهم بما اراك الله»[2] كما ذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره .

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ . .
(٢) المائدة : آية/٤٩ . .

(مسألة ـ ١٥ ـ) لو أوصى بلفظ مجمل غير مفسر في الشرع فالاجمال على ثلاثة أقسام :

الاول: المجمل المبين بين محصور ، كما اذا قال: اعطوه غلامي زيداً وله غلامان كل واحد اسمه زيد .

الثاني: المجمل المبين بين الاقل والاكثر، كما اذا قال: اعطوه بعض مالي حيث انه يشمل ديناراً كما يشمل ألف دينار ـ مثلا ـ .

الثالث: المجمل الموغل في الابهام، مثل: ليكن عبدي في المحل الذي استجيب فيه دعائي، حيث طلبت الولد ولم يعلم انه أي مكان كان .

أما الاول : فالظاهر ان كان تساو بينهما عين بالقرعة لانها لكل امر مشكل،[1] اوعمل بقاعدة العدل وان لم يكن تساوي ففيه احتمالان القرعة وقاعدة العدل في الزائد على اقلهما قيمة، مثلا : كان احدهما يسوي مأة، والاخر يسوي مأتين، فانه يعطى الاقل وخمسون ، او الاكثر ويسترد خمسون لان الاقل متيقن، والاكثر مردد بينهما ، وفي الماليات تجري قاعدة العدل ، كما ذكرناه غير مرة .

ولو قال كل واحد من الوارث والموصى له بأنه يريد اقلهما قيمة مع خمسين كان مجال القرعة .

واما الثاني: فقد قال الشرائع: ولو اوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع رجع في تفسيره الى الوارث كقوله: اعطوه حظاً من مالي، اوقسطاً، اونصيباً، اوقليلا اويسيراً، او جليلا، او جزيلا .

وفي الجواهر: بلاخلاف اجده بين من تعرض له، واستدل له بان الوارث

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١١ .

هو المرجع في تعيين مصاديقها المندرجة فيما اراده الموصى بحسب ظاهر اللفظ .

اقول: مرادهم انه اراد مفهوم اللفظ الصادق على القليل والكثير، وحيث ان الوارث هومأمور التنفيذ والموصى او كله الى الوارث كان المعتبر فيه تقديره كمااذا اوكل السيد عبده بأن يعطى الفقير شيئاً، فان الشيء وان كان يشمل الدرهم الى الدينار الا ان العبد لما كان موكلا بالتنفيذ، وقداوكله السيد حسب نظره كان له ان يعطى درهماً، اودرهمين الى عشرة دراهم قيمة الدينار ، والافاذا لم يكن كذلك بأن أراد الموصى ظاهر اللفظ، وكان ظاهر اللفظ عندالعرف شيئاً، وعند الوارث شيئاً آخر، ولم يعلم ان المورث أراد الظاهر عند الوارث كان مقتضى القاعدة كون المعيار نظر العرف، لان معانى الالفاظ ، سواء في كلام الشارع او غيره يؤخذ من العرف على ماهو سيرة العقلاء الا اذا علم عدم ارادة المفهوم العرفي .

لايقال : ان امره الوارث قرينة على ايكاله الى فهمه لافهم العرف .

لانه يقال: الايكال في التنفيذ لافي فهم مخالف لفهم العرف .

لايقال : اذا كان له مفهوم عند العرف لم يكن مجملا وكلام الفقهاء في المجمل .

لانه يقال: مرادهم بالمجمل اللفظ القابل للانطباق على متعدد ، كمافي مثال الدرهم والدينار، وذلك قد يكون قابل الانطباق على اشياء حسب فهم العرف وقابل الانطباق على اشياء آخر حسب فهم الوارث، مثلا اذاقال: اعطوه قليلا ، والعرف يرى انه من الدرهم الى الدينار، اماالوارث فهويرى انه من الفلس الى

الدرهم- والدرهم خمسون فلساً مثلا - قدم نظر العرف على نظر الوارث ، لما عرفت .

ولايخفى اختلاف الزمان والمكان والموصي والموصى اليه والموصي به في سببية ان يفهم العرف هكذا، أوهكذا، مثلا: من عادته اعطاء الفقراء بين الدرهم والدينار، اذا أوصى بان يعطوا كل فقيراتى باب داره، الى سنة من موته ، مثلا : شيئاً فهم العرف انه بين الدينار والدرهم، ومن عادته اعطائهم بين الفلس والدرهم حملت وصيته على مابينهما في الفهم العرفى ، وكذا بالنسبة الى ما أوصى ان يعطوا المرجع الاعلى شيئاً ، فانه بين مأة دينار والالف بينما مالو اوصى بأن يعطوا المستكفف فانه بين الدينار والعشرة، وهكذا في سائر الخصوصيات .

والحاصل: ان للقرائن دخلا فى تحديد المجمل بين اطراف محتمله، ومثله غيره، مثلا : اذا كانت له حديقة حيوان فأوصى ان يعطى احد حيواناته لولده الصغير لم يفهم منه، مثل الفيل والزرافة، بل مثل الهرة والصخلة، امااذا اوصى باعطائه لشيخ القبيلة فهم منه امثال الفيل والفرس ، الى غير ذلك من الامثلة ، ولوصار اللفظ مجملا من جهة جهل الوارث ، لامن جهة اجمال نفس اللفظ ، مثلا: لم يعلم هل ان مورثهم عراقي يصطلح الزنبور فى الوصية على خلية النحل اوسورى يصطلحه على الزوجة فالمجال هنا للقرعة فتأمل .

اما الثالث: وهو الموغل فى الابهام، فان كانت هناك محتملات عين المراد بالقرعة، وان لم يعلم حتى المحتملات سقطت الوصية فى مثل المثال السابق وصرف فى وجه الخير الخاص فيما اذا أوصى بأن يعطى لفقراء المحل الذى استجيب فيه دعائه مأة دينار ، مثلا: او الخير العام فيما اذا أوصى في ان يصرف المبلغ في تعمير ذلك المكان ، مثلا : اللهم الااذا كان ارتكازبانه اذا لم يعمر

هناك كان يريد الاقرب اى تعمير فى مكان آخر فيكون مثل الخاص ، ثم ان المسالك قال : ولو تعذر الرجوع الى الوارث لغيبة او امتناع او صغر .

[اقول: اوموت اوجنون اونحو ذلك] اعطى اقل مايصدق عليه الاسم لانه المتيقن، وكأنه اراد ان اخراج المال من كيس الورثة خلاف الاصل فيماتيقن خروجه كان خارجاً ومالم يتيقن يبقى داخلا، لكن الجواهر اشكل عليه بانه لم لايكون التخيير للحاكم ، اوعدول المسلمين في المصاديق، اللهم الا ان يقال: ان المخاطب بالتنفيذ اولا وبالذات الوارث فالخطاب في الحقيقة له ، ولكن ناب غيره المتعذر فيقتصر على المتيقن ممايعينه المنوب عنه لو كان قد باشر التعيين- انتهى .

أقول: حيث ارتكار الموصي الاعطاء الدائر بين الدرهم والدينار، ويريد ان يعطي وارثه ذلك لتعدد المطلوب كان للحاكم ونحوه نفس ما كان للوارث من التخيير للارتكاز، ولا مجال للاخذ بالقدر المتيقن فانه لامجال للاصل مع الارتكاز.

ومما تقدم يظهر، ان المكلف بتنفيذ الوصية وارثاً، أووصياً، أوحاكماً هو الذى بيده اختيار التعيين فقولهم: [الوارث] انما هو من باب المثال .

ولذا قال الجواهر: بأن الوصي كالوارث، ولو أوصى الى اثنين بأن يعطى زيد الفقراء مالا وعمرو ابناء السبيل مالا، لايلزم تماثلهما، بل كل يأخذ بمايرى لشمول الدليل المتقدم لكل واحد واحد، كما ان الوصى لو كان واحداً أوأوصاه اثنان بمثل ذلك كان له ان يفرق بين الوصيتين ، وكذا الحال اذا كان كل من الموصى والوصي واحداً والموصى له اثنين .

ثم ان كان انصراف للفظ المجمل الى ان لايكون حده الاقل أقل من كذا

أو حده الاكثر أكثر من كذا فهو ، لانه مصب الوصية، وان لم يكن انصراف في أي منـهما ، أو في أحدهما عمل فيه حسب الفهم العرفي المستـفاد من المجمل .

وعليه، ينزل كلام المسالك قال : المجمل لاتعدد له لغة ولاعرفاً ولا شرعاً [ومراده بعرفاً، أي عرفاً بالانصراف] فكل ما يتمول صالح لان يكون متـعلق الوصية.

أما في القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح، وأما في الجليل والجزيل، ومافي معناهما كالعظيم والنفيس، فانه وان كان يقتضي عرفاً زيادة على التمول الا انه مع ذلك يحتمل ارادة الأول نظراً الى ان جميع المال متصف بذلك في نظر الشارع، ومن ثم حكم بكفر مستـحل قليله وكثيره ، كما نبهوا عليه في الاقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم في الموضعين ـ انتهى.

فلا يرد عليه اشكال الجواهر بأنـه قد يقطع بعدم ارادة الموصى اياه ، و الظاهر ان النزاع بينهما لفظي حيث كلام المسالك في عدم الانصراف وكلام الجواهر في الانصراف.

ثم قال المسالك: لوقال: اعطوا زيداً قسطاً عظيماً وعمرواً قسطاً يسيراً لم يشترط تميز الوارث بينـهما بزيادة الاول عن الثاني لما ذكرناه مع احتماله نظراً الى غلبة العرف بارادة ذلك، وفيه ان ذلك ان اعتبر لزم مثله عند الانفراد وفيه: ان تنظير الاجتماع بالانفراد ، غير ظاهر الوجه ، اذ قرينـة المقابلة في الاجتماع يقتضي الفرق .

ولذا قال الجواهر: ان كلامه مجرد دعوى ، يشهد العرف، الذي قد أمرنا باتباعه على خلافها ، ثم انه لو اختلف العرف في الزيادة والنقيصة ، فأن قلنا

بالاخذ بالاكثر في الشهادتين المتضاربتين أخذ به هنا للمناط ، ولقوله عليه السلام: فان المجمع عليه لاريب فيه ولغيرهما ، وان لم نقل بذلك ، فالظاهر تنصيف القدر الزائد فلو قال احدهم: عشرة، وقال الاخر : أربع عشرة اعطى اثنتى عشرة لقاعدة العدل .

أما لو اختلف الوارثان، أوالوصيان وبيد كل المال أعطى كل حسب نظره لانه المكلف ويرى ذهنه مرآت العرف.

نعم، اذا كانت الورثة كباراً وارادوا الاخذ بالاكثر في العرفين المتنافيين جاز لهم ذلك، لان الزائد ، أما حق الموصى له أو تنازل منهم له ، كما ان الوارثين المترتبين والوصيين كذلك لكل منهما ان يعمل حسب نظره .

(مسألة ـ ١٦ ـ) لوقال: اعطوه كثيراً قال الشيخ والصدوق وجماعة: كما حكى عنهم يعطى ثمانين درهماً ، كما في النذر للرواية التي وردت في ذلك، وكان المراد بها مرسلة المبسوط، قال في كتاب الاقرار: وان قال له: عندى مال كثير، كان ذلك اقراراً بثمانين على الرواية التي رويت فيمن أوصى بمال كثير انه ثمانون، وقد ذكر في الوسائل جملة روايات تدل على ان النذر بمال كثير يراد به ثمانون[1].

فقد روي الكليني ، عن بعض أصحابه عن علي بن ابراهيم، انه قال: لما سم المتوكل نذران عوفي ان يتصدق بمال كثير ، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد الكثير فاختلفوا عليه فقال بعضهم : مأة ألف وقال بعضهم: عشرة آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفة ، فاشتبه عليه الامر ، فقال له رجل : يقال له : صفوان الا تبعث الى هذا الاسود فتسأله عنه، فقال له المتوكل : من تعني ويحك ؟ فقال ابن الرضا عليه السلام، فقال له: وهو يحسن من هذا شيئاً؟ فقال : ان اخرجك من هذا فلي عليك كذا وكذا والا فاضربني مأة مقرعة فقال المتوكل: قدرضيت ياجعفر بن محمود صر اليهواسأله عن حد المال الكثيرة فصار جعفر بن محمود الى أبى الحسن علي بن محمد فسأله عن حد المال الكثير ؟ فقال له: الكثير ثمانون، فقال جعفر: ياسيدى انه يسألني عن العلة فيه ؟ فقال أبو الحسن عليه السلام: ان الله يقول: «لقد نصركم الله فى مواطن كثيرة»[2] فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين.[3]

---

(١) من لا يحضره الفقيه : ج ٤ ص ٢٠٦ باب الوصية ح ٥٤٧٧ .

(٢) التوبة : آية/٢٥ .

(٣) بحار الأنوار : ج ٥٠ ص ١٦٢ ـ انظر تذكرة خواص الأمة ص ٢٠٢ ـ وسائل الشيعة ج ١٦ ص ١٨٦ باب ٣ من باب النذر ح ١ .

وعن أبي بكر الحضرمي، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فسأله رجل عن رجل مرض فنذر لله شكراً ان عافاه الله ان يتصدق من ماله بشيء كثير ولم يسم شيئاً، فما تقول؟ قال عليه السلام: يتصدق بثمانين درهماً فانه يجزيه ذلك بين في كتاب الله اذ يقول لنبيه صلى الله عليه وآله وسلم: «قد نصركم الله في مواطن كثيرة» والكثيرة في كتاب الله ثمانون.[1]

وروى الصدوق، عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه قال في رجل: نذر ان يتصدق بمال كثير؟ فقال: الكثير ثمانون فما زاد لقول الله تعالى: «ولقد نصركم الله في مواطن كثيرة» وكانت ثمانين موطناً.[2]

وعن العياشي قال: اشتكى المتوكل شكاة شديدة، فنذر لله أن شافاه الله أن يتصدق بمال كثير فعوفي من علته، فسأل أصحابه عن ذلك الى أن قال: فقال ابن يحيى المنجم: لو كتبت الى ابن عمك يعني أبا الحسن عليه السلام، فأمر أن يكتب له فيسأله فكتب أبو الحسن عليه السلام تصدق بثمانين درهماً فقالوا هذا غلط سله من أين قال هذا؟ فكتب قال الله لرسوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة» والمواطن التي نصر الله رسوله فيها ثمانون موطناً، فثمانون درهماً من حلفه مال كثير.[3]

وعن الرضوي عليه السلام، و الصدوق في المقنع: ان النذر ثمانون للاية.[4]

---

(١) الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٢ .

(٢) الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٣ . .

(٣) الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٤ .

(٤) انظر: المستدرك ج ٣ ص ٥٧ الباب ٣ من النذر ح ١ .

وعن المناقب وثاقب المناقب، عن أبى علي بن راشد: أن الشيعة بعثوا الى الصادق عليه السلام أموالا ورقاعاً مختومة وفيها مسائل، فوصلت الى المدينة بعد وفاته، فأجاب عنها الامام موسى بن جعفر عليهما السلام قبل فك الخواتيم، وفى احداها مايقول العالم عليه السلام، فى رجل قال: اتصدق بمال كثير مايتصدق؟ تحته الجواب: ان كان الذى حلف بهذه اليمين من ارباب الدراهم يتصدق بأربعة وثمانين درهماً، وان كان من أرباب الغنم فأربعة وثمانون غنماً، وان كان من أرباب البعير فأربعة وثمانون بعيراً، والدليل على ذلك قوله تعالى: «ولقد نصركم الله فى مواطن كثيرة ويوم حنين» فعدت مواطن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قبل نزول الاية فكانت أربعة وثمانين موطناً.(١)

و فى المسالك نسب الجواب للمتوكل الى الامام الجواد عليه السلام، هذا، والمشهور كما حكى عنهم، قالوا: أن الثمانين فى الوصية على القاعدة.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: أقتصاراً فيما خالف الاصل والعرف واللغة على موضع النقل خلافاً للشيخ حيث تعدى فى ذلك الى الاقرار أيضاً وكأنه وغيره ممن تعدوا جعلوا ذلك اصطلاحاً شرعياً مثل الزمان بمعنى خمسة أشهر، وحين بمعنى ستة أشهر، وكذلك القديم، والسهم بمعنى الثمن والجزء بمعنى السبع أو العشر، والشيء بمعنى السدس، كما تقدم بعضها.

و كيف كان، فاللازم الاخذ بالمشهور في النذر اما الوصية، فقد رواها الشيخ مرسلا أيضاً، كماتقدم.

وأشكال تهافت الروايات هناك بين ثمانين واربع وثمانين، فغير ظاهر

---

(١) انظر: الفروع: ج ٢ ص ٣٧٥ ـ تحف العقول ص ٤٨١.
الاحتجاج: ج ٢ ٢٥٢ ـ التهذيب: ج ٢ ص ٣٣٤.

اذ الثـاني لايقاوم الاول من وجوه، كما ان اشكال اختـلاف المروى عنه في النذر ايضاً، غيرضار بعد شهرة كونه الهادى لا الجواد عليهما السلام.

اما اشكال بعض المتأخرين بأنـه سواء اريد بالمواطن الغزوات، او مع السرايا فهى ليست ثمانين لانها قد تزيد، وقد تنـقص، كما يظهر لمن راجع صاحب المغازى والواقدى وغيرهما.

فغير وارد بعد ان لم يكن دليـل على ان المراد الغزوات والسرايا ، بل مطلق مواضع نصر الله سبحانه ولعل العامة كانوا يعلمون انها ثمانون فلم يستشكلوا على الامام، اوان الامام عليه السلام، قال : ماهو حق من لزوم اثمانين وألبسه لباس الاية، حيث كانوا يعتقدون بذلك ، وان كان يعتقد عليه السلام هو بغير الثمانين ثم ان العدد الى نزول الاية .

وكيف كان فالاشكال المذكورغيروارد بعدحجية الروايةواشتهارها واستناد المشهور في باب النذر اليها ثم في باب النذر يلزم ان يقال برواية المناقب وغيره من كون العدد ثمانين ، اما الجنس فحسب ارتكازه ، والظاهر ان ذلك انماهو اذا اطلق، واراد الاطلاق، امااذا اراد العرف الخاص لهم اواصطلاحه الخاص مثلا: فليس كذلك،ولافرق بين الكافر والمسلم بعد جعل الاسلام ذلك ثمانين، اللهم الااذاكان الاطلاق في عرفهم ـ وان لم يقصده الناذر ـ غيرذلك، فالحاكم الاسلامي يخير بين ان يحكم بمايرون اوبمانرى ، هذا في النذز، واما في الوصية فاللازم الذهاب الى قول المشهور بعد عدم فهم مناط قطعي يتعدى بسببه من النذر الى المقام .

اما جعل الجواهر تبعاً للمسالك من موهنات الرواية انه قد وردكثير في

القرآن مثل :« فئة كثيرة،[١] واذكروا الله ذكراً كثيراً »[٢] في امكنة متعددة غير مراد منه ذلك فلايخفى مافيه بعد الرواية ، فهو اشبه بالاشكال العلمي على تقدير عدم وجود الرواية ، ثم مهما قلنا بانه ثمانون ، فالظاهر عدم اختصاص لفظ الكثير بل معناه في سائر اللغات كذلك .

(١) البقرة : آية/٢٤٩ .
(٢) الأحزاب : آية/٤١ .

(مسألة -١٧-) لو اوصى له بشيء يحتمل أحد شيئين ، مثل ان اوصى له ببهيمة فقال الموصى له : اراد بعيراً ، وقال الوصي: اراد شاناً اواوصى له بشيء مجمل مثل[شيء] فقال الوصي : اراد درهماً ، وقال الموصى له : اراد شاناً ، اوتنازعا في انه اراد بالشيء الدرهم اوالدرهمين ، فانكان النزاع بين متباينين كان من التحالف اذ مجرد كونه وصياً لايجعل القول قوله، فيشمله اطلاق ادلة التنازع ، وان كان بين الاقل والاكثر كان الاصل مع مدعى الاقل ، سواء كان الوصي ، كما هو الغالب ، اوالموصى له كما قد يندر ذلك ، لانه متدين لايريد اخذ المال بالباطل ويزعم انه اوصى بالاقل، ويكون حال المقام ،كمااذا قال تطلبني كذا ؟ فقال : لا اطلب ولم يستعد لاخذ المال .

قال في الشرائع : اذا عين الموصى له شيئاً وادعى قصده من هذه الالفاظ وانكر الوارث كانالقول قول الوارث مع يمينه .

وقال في الجواهر : بلاخلاف ولا اشكال ، واذا قال الوصي : انه اراد شاة وقال الوارث : بل اراد درهماً ، فهل يقدم هذا او ذاك ؟ فانكانامتباينين كالمثال كان من التحالف والاكان من المدعى والمنكر، لان الوارث ينكر الاكثر بينما الوصي يدعيه وتفصيل امثال هذه الامور في [كتاب القضاء] .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في المسالك : اعلم انه ليس من شرط الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية ، بل لو اوصى بماتحمله الامة او الدابة او الشجرة في هذه السنة ، اوفي المستقبل مطلقاً صح كما سيأتي ، ولكن لواشار الى معين ، أوأوصى بحمله الموجود أوبالحمل الموجود لامة أوبحملها مطلقاً حيث تدل القرينة على ارادة الموجود أو مطلقاً نظراً الى ادعاء دلالة القرينة عليه ،كما قيل اشترط كونه موجوداً حال الوصية ولو بمقتضى ظاهرالشرع .

أقول : أما صحة الوصية بما تحمل الدابة والشجرة فلاطلاق الوصية بعدعدماشتراط وجوده في الحال ، بل قد تقدم انه لواوصى بالثلث اريدثلث حال موته ، سواءكان له وجود اقل اواكثرحال الوصية ، أولم يكن له وجود أصلا .

واما اذا اوصي قائلا حمل هذه الدابة ، واراد الحمل الموجود حالا ـ بأن صرح بذلك ، أوكانت قرينة على ذلك ـ لم ينفع في صحة الوصيةحملها مستقبلا اذا لم يكن الحمل في الحال ، وذلك لانه لاموضوع للوصية حالا ، والموضوع الذي يتحقق فيالمستقبللم يرده الموصى ، والعقود تتبعالقصود والالم يصدق (عقدكم) المستفاد من (أوفوا بالعقود)[(١)] وكذلك في الايقاعات .

لايقال : ارتكاز الموصى الحمل وان لم يكنالان .

لانه يقال : المفروض انه لا ارتكاز بالنسبة الى ماتحمل مستقبلا والا كان من الوصية بالاعم من الحال والمستقبل .

ثم انه لوقال: الحمل الموجود الان فقد يعلم بوجود الحمل وقد يحكم الشرع بانه موجود حالا مثل قيام البينة به أوولادة المرأة الامة لدون ستةأشهر

---

(١) المائدة : آية/١ .

حيث جعل الشارع أقل الحمل ستة أشهر .

قال في الشرائع : ولو أوصى بحمل موجود فجائت به لاقل من ستة أشهر صحت الوصية به ، و لو كانت لعشرة أشهر من حين الوصية لم يصح ، وان جائت لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج حكم به للموصى له ، ولو كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له لاحتمال توهم الحمل في حال الوصية وتجدده بعدها .

أقول : فالصور ثلاث :

الاولى : ان تأتي به لدون ستة أشهر ، فهو حال الوصية كان موجوداً شرعاً اذ لا يبقي الولد الذى يأتي لدون ستة أشهر ، ولكن لا يخفى ان هذا على ضرب القاعدة فى حال الجهل والا فقد امكن مجيء الولد لدون ذلك مع العلم بانه كذلك ، اذ الامر ليس مستحيلا عقلا ، وانما عادة ، ولذا نقلت الاخبار العالمية حدوث مثل ذلك .

نعم ، اذا لم يكن علم كانت القاعدة انه لا يأتى لدون ذلك مع بقائه ، فقول المسالك : لانه حال الوصية لا يمكن حدوثه ـ اذا جاء لاقل من ستة أشهر ـ فلابد من فرض تقدمه فى وقت يمكن فيه وطـى الامة بحيث يمكن فيه تخلق الولد ـ انتهى انما أراد الامكان العادى .

الثانية : ان تأتى به لاكثر من أقصى مدة الحمل وقد فرضه المحقق عشرة أشهر من حين الوصية بطلت الوصية اذ يقطع شرعاً بعدم كونه موجوداً حال الوصية ، والمفروض ان الوصية بالحمل الموجود والاستثناء المذكور فى الاولى آت هنا ايضاً ، والكلام فى أقصى مدة الحمل فى باب النكاح .

الثالثة : ان تأتي به لمدة بين الستة والعشرة ، وقد فارقها من يباح وطئها

حكم به للموصي له لمعلومية سبق وجوده على الوصية ، لان احتمال فرض تجدد الولد منفي لفرض ان من يباح له وطئها قد فارقها ، والاصل عدم وطى غير الوطى السابق وظهور حال المسلمة في عدم الزنا ـ كما علله بذلك فى الجواهر ـ .

ومنه يعلم، ان مراد المحقق كانت خالية من مولى وزوج، مفارقة من يباح له الوطى فلا خصوصية للمفارقة ، وانما هى من باب المثال .

قال في المسالك : ومايقال : من ان الظاهر الغالب انما هو الولادة لتسعة اشهر تقريباً فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً ، وان كان لها فراش ، وان الخالية يمكن وطؤها محللا بالشبهة ومحرماً لو كانت كافرة ، اذ ليس فيها محذور لعدم الصيانة بخلاف المسلمة، يندفع بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض الافيما شذ ـ انتهى .

ومراده مما شذ ماحكم الشارع بالظاهر مثل ظاهر حال المسلم وظاهر سوقه وأرضه وما اشبه ، وان كان يرد عليه بان الكافرة أيضاً يحكم عليها بالصحة ، لان لكل قوم نكاحاً [1] ، والظاهر في المسألة ان اللازم التمسك بأصل الصحة ، كما يتمسك به فى سائر العقود والايقاعات لدى الشك فى الشرائط والاجزاء .

نعم ، قال فى الجواهر: لم أجد الى من استند الى اصل الصحة في شيء من افراد المسألة حتى فى صورة الوصية به بعد الاطمينان بحصوله للامارات العادية ثم حصل الشك بعد ذلك فيه ، الى آخر كلامه .

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٨٨ الباب ٨٣ من كتاب نكاح العبيد والاماء ح ١ و ٢ و ٣ .

ومنه يعلم ، وجه النظر فى قوله : وان كان قد يناقش في قول الشرائع : [لوكان لها زوج أو مولى الخ] بان الاصل عدم وطي آخر تجدد منه الحمل ووجود الفراش اعم من ذلك ، مضافاً الى انه ظاهر بملاحظة الغلبة العادية التولد من الوطى الاول فيمابين الاقصى والاصل .

اذ يرد عليه اولا ، ان اصل عـدم وطي آخر لايثبت انه من الوطى الاول الموجب لوجوده حال الوصية .

وثانياً : من اين الظهور المذكور؟ وعلى أى حال ، فان عمل باصالة الصحة كما هو مقتضى القاعدة فيها ، وان لم يعمل كان من مسألة التاريخين فقد يجهلان وقد يعلم احدهما فقط .

(مسألة ـ١٩ـ) قال في الشرائع : لو قال : ان كان فى بطن هذه ذكر فله درهمان . وان كان انثى فلهادرهم ، فان خرج ذكروانثى كان لهما ثلاثة دراهم اما ان قال : ان كان الذى في بطنها ذكراً فكذا ، وان كان انثى فكذا فخرج ذكروانثي لم يكن لهما شيء .

أقول : قديريد الموصى ان كل ذكر فى البطن له كذا، وكل انثى في البطن له كذا، وهذا هوالنوع الاول ، وعليه فاذا كان ذكران فلهما أربعة ، وان كانت انثيان فلهما درهمان وهكذا، وقديريد الموصي ان الشيء الوحيد الذىفي البطن لذكره كذا، ولانثاه كذا ، وهذا هو الفرع الثاني ومن المعلوم انهالوولدت اثنين لاشيء لاحدهما ، سواء كانا ذكرين اوانثيين اوبالاختلاف، وهناك فرع ثالث وهوانيريد ان مافي البطن للذكردرهمان ، وللانثى درهم منغيرنظرالى الوحدة والتعدد .

وهنا ان ولدتذكراً واحداًكان له درهمان ، أوانثى واحدةكان لها درهم ، وان ولدت ذكرين كانلهما درهمان أوانثيين كان لهما درهم، وهكذا فلو ولدت ذكراً وانثى كان لهما ثلاثة دراهم .

و لو قال عبارة لم يعلم ان المراد بها الفرع الاول ، أو الثاني ، فالظاهر انه لاشيء لاحدهما في الولادة توأماً ، اذالاصل عدم الحق بعد عدم العلم بشمول الوصية .

قالفي المسالك:ولو ولدتفي الصورة الاولى ذكرين أوانثيين أوهمامعاً ، ففيغيرالوارثفي اعطاء نصيب الذكرلايهما شاء ،ونصيب الانثىلايتهما شاء ، واشتراك الذكرينفي الدرهمين والانثيينفي الدرهم،أوالايقاف حتى يصطلحاأوجه أجودها الاول ، لان المستحق للوصية هوذكرفي بطنها أوانثى في بطنها هو

صادق على كل منهما فيكون تعيينه الى الوارث، كما في كل لفظ متواطئ، ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد من الذكرين ما عين له وكل واحد من الانثيين كذلك ، لان الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول مازاد على الواحد ، بل كان بالنسبة اليهما متواطئاً ، كما لو أوصى لاحد الشخصين ، أوالفقيرين اونحو ذلك ـ انتهى .

أقول : صور المسألة ثلاث : لانه أما ان يعلم ان مراده ان لكل ذكر كذا، وفيها يجب اعطائهما كل واحد اثنين ، او كل انثى كذا فيعطي كل واحدة درهماً .

واما ان يعلم انه مراده ان الوصية بالدرهمين والدرهم فقط وفيها يقسم الدرهمين بينهما ، والدرهم بين الانثيين .

واما ان لا يعلم ، وهنا لاحق الافي درهمين اودرهم ، حالهما حال الصورة الاولى ، لاصالة عدم الزيادة ، كما اذا شك في انه اوصى بدرهم اودرهمين .

قال في المسالك : فرع لوولدت خنثى دفع اليه الاقل لانه المتيقن ، بناءاً على انه ليس طبيعة ثالثة مع احتمال عدم استحقاق شيء ، لانه ليس احدالامرين ورجح في الجواهر الاحتمال الاول ، قال : اما احتمال عدم استحقاق شيء ، لانه ليس احد الامرين فواضح الضعف .

اقول : ان علم ان مراده الذكر والانثى العاديان لم يكن له شيء لانه مقابلهما وان لم يعلم وشك في شمول وصيته للخنثى ، كان الاصل العدم ، وان علم بالشمول كما هو مفروض كلامهما ، فهنا احتمالان ، قاعدة العدل كما في الارث واعطاء الاقل كما ذكراه ، كما انا لانستبعد اختيار الخنثى في جعل نفسه ذكراً اوانثى واجراء كل المعاملات على نفسه حسب ما جعل ؛ ودليل ارث الخنثى لايقاوم القواعد بعد انه في موضع خاص لم نعلم مناطه .

اويقال: انه اذالم يعين الخنثى نفسه احدهما بارادته من باب الناس مسلطون اوبالقرعة ـ وان كان بعيداً ـ لدليل لاضرر مع وضوح انبقائه محروماً من مزايا الرجل والمرأة من اشد الضرر ، وغيرذلك، والقول بأن لاضرر لايثبت حكماً فيه نظر ، حيث انه ملقى الى العرف ، والعرف يرى اثباته له بالنسبة الى الحكم الايجابى المناسب للحكم السلبى ، ولـذا استند الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بقلع الشجرة الى دليل لاضرر .

اما اذا قلنا بانه ليس طبيعة ثالثة فالامر أوضح بأن المجال للتعيين بالعلائم ، ثم القرعة كما يستفاد من تعيين علي عليـه السلام الخنثى الدي كان من اشكل اقسامه حيث كان له زوج وزوجة .

ثم انه كما تقدم عدم الخلاف فى صحة الوصية باعطاء الحمل شيئاً كذلك تصح الوصية باعطاء حمل الدابة اوالشجرة لانسان اوصرفهما لشيء مثل المسجد مثلا : بلااشكال ولاخلاف ، وذلك لاطلاق أدلـة الوصية من غير فرق بين ان يكون الحمل موجوداً حال الوصية اوحال الموت او معدوماً حالهما ، وانمـا يتجدد بعد ذلك .

وفي الجواهر : لايقدح كونه معدوماً حالها ،لانه يكفى فيها احتمال الوجود وان لم يكن عن شأنه الوجود كالوصية بما يشتريه او يتهبه فى مستقبل الازمنة ـ انتهى .

فانما أراد انه يصح ان يوصى لاان الوصية صحيحة اذ انما تصح اذا كشف انه صار في المستقبل لوضوح ان الوصية بدون المتعلق باطلة ، سواء كانت للحال او المستقبل فانه كما تبطل اذا زعم ان في كيسه ديناراً فقال : اعطوه لزيد ، اذالم يكن هناك دينار واقعاً كذلك تبطل اذا قال اعطوا ثمرة شجرتي التي ستظهر فى

الربيع لزيد فلم تثمر الشجرة كما هو واضح .

وعلى ما ذكرناه ينزل كلام القواعد وجامع المقاصد وغيرهما ، فليس مرجع كلامهم عدم اشتراط الوجود بل مرجعه كفاية الاحتمال ، واما التحقق للوصية فلا يكون الامع تحقق للموصى به خارجاً .

ثم الظاهر انـه لافرق في الوصية بالحمل ان يعطي لزيد أن تكون وصية عهدية أو تمليكية، كما لافرق بين المعين والمردد، كما اذا قال: كل واحدة من بقرتي وشاتي كانـت حاملة فحملها لزيد ، كل ذلك للاطلاق، لكن هل تصح الوصية التمليكية بالنسبة الى حمل المستقبل؟ الظاهر ذلك، وفاقاً للجواهر بل قال: انه ظاهرهم، لان الملك اعتبار عرفي والعرف يعتبره اذا كان في المستقبل كما اذا باعه حاصله الذي يأتي بيعاً سلماً.

ومنه يعلم،وجه النظر في الاشكال على ذلك بعدم قابلية المعدوم الذي لم ينزله الشارع منزلة الموجود للتمليك.

ولو قال : اعطوه حمل دابتي وكانت حاملة فهل يعطي له حملها الحالي، أوحتى الاستقبالي ؟ ان كان ظهور اتبع والا فالاصل عدم الاستقبالي .

وكذا لوقال: أوصيت لزيد بما تحمله دابتي، وشك في ان المراد حملها الاولي أودائماً، ومن ذلك يظهر وجه النظر في مافي المسالك فراجعه.

ولوقال: أوصيت له بحمل هذه الشاة ، فهل يحق للوارث ذبح الشاة قبل الولادة، ويعطي له الولد الحلال ـ بعد وضوح عدم جواز ذلك اذا كان الجنين بعد لم يبلغ مبلغ الزكاة ـ الظاهر انه اذا لم يكن قرينة للاطلاق ، أوالتقييـد بالولد الكامل حق للوارث ذبحه، واعطائه الجنين الحلال.

ولوباع الشاة الموصى بولدها كان بالنسبة الى الجنيـن فضولياً ، فان لم

يرض الموصى له كان للمشتري الجاهل بذلك خيار تبعض الصفقة .

ثم انه لو خالف ارتكاز الموصي وصيته فهل العبرة بالارتكاز أو بالوصية؟ الظاهر الثاني، حيث ان العقود والايقاعات تتبع القصود والالفاظ . قال عليه السلام: انما يحلل الكلام وقال سبحانه: «بالعقود» والعقود تتبع القصود، والا لم يصدق عقودكم .

فاذا قال: اعطوه كل مافي بطن هذه الدابة، وكان ارتكازه واحداً ، ولكن قصده ولفظه: [الكل] اعطى الكل ورجوعهم في الوقف المتعذر المصرف الى الارتكاز انما هو اذا لم يخالف الارتكاز اللفظ والقصد ، والا فلا دليل على الرجوع الى الارتكاز، ولذا يستدلون بأن الارتكاز داخل في دليل الوقوف على حسب ما وقفها أهلها.

نعم، في الامور الاذنية المنوطة برضى الباطن المعتبر الارتكار ، فاذا ظنه عدواً، وقال له: لاتدخل حق له الدخول اذا كان صديقاً لوجود طيبة النفس، حقيقة، فيشمله [لايحل مال امرء الابطيبة نفسه] وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب أحياء الموات] فراجع.

ثم انه لافرق في الوصية المستقبلية بين العين والمنفعة، فتصح الوصية بسكنى الدار مدة مستقبلة اطلاقاً أوفي الجملة ، وفي الجملة قد يكون معيناً ، أولا، أووسطاً، أوآخراً، أومردداً بينها، أواجمالا مطلقاً، مثل: يسكن داري مدة فالمعين واضح، والمردد يعطي للموصى له أحدهما، والظاهر ان الاختيار مع الوارث، لامع الموصى له، فيما لواختلفا وأراد أحدهما شيئاً ، والاخر شيئاً آخر، اذ اعطاء الوارث أيهما تنفيذ للوصية، ولا دليل على أكثر من ذلك .

نعم، لو اختلف الوارثان، مثلما اذا قال الموصي: اسكنوه احدى داري ،

فقال: وارث داره الغربية، وقال: وارث آخر داره الشرقية كان الملجأ القرعة لأنها لكل أمر مشكل الا اذا أمكن اجراء قاعدة العدل، كما لو رضي الموصى له بأن يسكن هذه شهراً وتلك شهراً وجعله الوارثان حلا وسطاً .

وان شئت قلت: ان الواجب تنفيذ الوصية، فاذاكان له طريق واحد فهو، وان كان له طريقان و رضي الوارث بأحدهما ، فهو وان تعارضوا فالمرجع قاعدةالعدل ـ لانهلاوجه لتقديم رأي وارث على وارث ـ وان لم يمكن اجرائها فالقرعة، ومثل الكلام في المردد الكلام في الكلي المطلق، والكلي في المعين والمشاع اذا اريد اعطائه هذا الفرد أوذاك في المطلق أومن هذه الناحيةأوتلك الناحية في الكلي المعين والمشاع.

أما في المجمل مطلقاً ، مثل يسكن داري مدة فأقل مدة يصدق عليها انها [مدة] حق للموصى له في مال الموصي واذا أسكنوه ماصدق عليه تلك عملوا بالوصية، واذا أوصى بثلث ثمرة بستانه، فالظاهر انها من الجميع، لامن بعض الثمار، فاذا كان في البستان عنب وتمر وتفاح لم يصح اعطائه بقدر الثلث من ثمر واحد الااذا أراد حال الوصية القيمة، أي ثلث قيمةالمجموع.

كما أن الظاهر لزوم اعطائه من كل جنس حسنه وغير حسنه ، فاذا كان نوعان من التفاح حسن وغير حسن لم يحق للوارث اعطائه من غير الحسن كما لايحق للموصي له طلبه من الحسن فقط، لان من القسمين هو المنصرف من الاطلاق، وهل له اعطائه من الاوسط اذاكان ثلاثة أقسام ، الظاهر لا ، وان كان الاوسط يساوي قيمته قيمة الاخرين. اذلادليل على اعتبار القيمة.

نعم ان أراد الموصي القيمة حق له اعطاء ماقيمته تساوي ثلث قيمةالجميع ولوشك الوارث في صدق ماأوصى على هذا الشيء الخاص ، أوفي مصداقه

لم يصح اعطائه ، كما اذا أوصى باعطائه ثلث الثمار فشك في انه هل يصدق الثمر على أوراق الحناء، اوعلم انه يصدق على هذا، ولايصدق على هذا ، ثم شك في ان مايريد اعطائه، هل هوهذا اوهذا؟ كما اذا قال: اسكن طالب العلم الديني المدرسة فشك في ان الذي يدرس الادبيـات فقط، هل هو طالب علم ديني حيث الشبهة في المفهوم ، اوشك في ان زيداً هل يدرس العلوم الدينية اوعمرواً مع علمه بأن احدهما يدرس فانـه لايحق له اسكان احدهـما ، كما لا يحق له اسكان الاول، لان الموضوع غير ظاهر التحقق، وتفصيـل الكلام في ذلك في الاصول.

ثم انه اذا أوصى بمنفعة لدار، اوالبستان، اوالدابة مؤبدة فقد يريد جميع المنافع، وحينئذ لاقيمة للعين، لان العين التي سلبت جميع منافعها لاقيمة لها، وحينئذ تقوم العين، وتجعل من الثلث ، وقد يريد بعضها ، مثل ما اذا أوصى بجميع ثمر البستان، فان للبستان قيمة بدون الثمر ايضاً مثل الحطب والسكنى والمياه الزائدة والدود الذي يخرج من ارضه وماشبه، وهنا يقوم مرة مع الثمر ومرة بلا ثمر ويخرج التفاوت بينهما من الثلث، فاذاكانت قيمته مع الثمرعشرة وبلا ثمر ثلاثة كان الموصي به سبعاً ومما ذكرنا يعلم، ان جعل الا وجه ثلاثة كما في المسالك واتباع الجواهر له محل تأمل .

ومن ذلك يعرف، انه لافرق بين ان يوصى بالثمر او بالكل في ما اذا لم تكـن منفعة له اطلاقاً بدون الثمر ، كما يعرف الحال في ما اذا اوصى لاحد بالرقبة ولاخر بالثمر، حيث لاتصح وصية الرقبة اذا لم تكن له قيمة دون الثمر اطلاقاً .

ولوقال : كل الثمر لزيد والرقبة لاولادي ، ألغى قوله: والرقبة لاولادي

اذ لايبقى بعد الثمر شيء يتمول أو يملك ولا وصية الا في الملك ، في صورة عدم قيمة للمرقبة بعد الثمر .

وكيف كان، فـاذا أوصى بكل الثمر قوم ـ سواء ما لايبقى بعده شيء أو يبقى ـ فان كان بقدر الثلث أو أقل نفذ ، وان كان أكثر توقف ذلك على اجازة الوارث كما هي القاعدة على ما سبق الكلام فيه .

قال في الشرائع : ولو أوصى بخدمة عبد أو ثمرة بستان أو سكنى دار ، أو غير ذلك من المنافع على التأبيد أو مدة معينة قومت المنفعة ، فان خرجت من الثلث، والا كان للموصى له ما يحتمله الثلث،وهل العبرة بالثلث حال الموت أو حال تنفيذ الوصية، فيما اذا كان بينهما تنزل أو تضخم .

مثلا: أوصى بثمرة بستانه على التأبيد وكانت حين الموت تسوى مأة وله بقدر ضعفه من مال آخر، ثم حين التقسيم تسوى الثمرة مأة وعشرين ، أو كان له حين الموت اضافة على مأة البستان مأة وأربعون ممـا كانت الوصية زائدة على الثلث.ثم حين التقسيم تنزل البستان فصارت قيمة الثمن ثمانين ممايساوي الثلث ؟ الظـاهر ان العبرة حـال الموت ، لانه وقت تعلق حق الموصى له بالموصى به فلا عبرة بزيادة أو نقيصة بعد ذلك، بل الحكم كذلك ، وان قال: حين الوصية اعطوه بعد سنة من وفاتي، فان الوصية تنجز بالموت لابعدسنة ، وانما الاقباض بعد سنة .

ومن ذلك يظهر ، أوضحية المسألة فيما اذا حصل التضخم أو التنزل بين الوصية والموت، اذ لااعتبار بالثلث قبل الموت،وانما النص والفتوى ظاهران في اعتبار الثلث حال الموت .

قال في الجواهر: ولولم يكن له غير العبد الذى أوصى بخدمته مؤبداأمضت

وصيته في ثلثه خاصة ، لكن هل يعطى من المنفعة مدة تقابل مقدار الثلث ثم يرد الى الورثه؟ أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبداً، ولو عشر المنفعة، أو أقل وجهان أقواهما الثاني .

أقول : مقتضى القاعدة ما ذكره ، وان لم يعلم وجه لقوله :

أما الاول: فلانه صار شريكاً حسب قرار الموصي والشريك مشترك لامهايا وان حق لهما جعل المهاياة .

وأما الثاني : فلان الثلث يساوى ثلث المنفعة لاعشرها أو أقل .

(مسألة ـ ٢٠ ـ) اذا أوصى بخدمة دابته لزيد مدة او دائماً، وكذلك اذا أوصى بمنافع البستان او الدار له كذلك، ففي كون النفقة على الوارث، أو الموصى له، او بيت المال، أو التفصيل وجوه .

قال في الشرائع : اذا أوصى بخدمة عبده مدة معينة فنفقته على الورثة لانها تابعة الملك، بل في الجواهر بلا خلاف ولااشكال، وعلل كونها تابعة الملك بالنص والفتوى، وانه كذلك في المؤبدة ايضاً، ونقل عن الفاضل في القواعد التوقف .

اقول: وجه الاول ما ذكر، ووجه الثاني ان الخراج بالضمان،فمن له الغنم عليه الغرم، ووجه الثالث ان النفقة ليست على الوارث، لان النفع للغير، ولا على الموصى له ، لانه ليس بمالك ، ولادليل على انه عليه فليس،الا على بيت المال المعد لمصالح المسلمين ، خصوصاً في مثل العبد الواجب حفظ حياته والدابة المحترمة ، وكذلك فى مثل الاملاك ، حيث ان انهدامه بتركه حتى يهدم حرام، لانه اسراف ، وقد ذكروه في باب النفقات، وقالوا ان الشجرة لها نفقة أيضاً، والمختارمن الاحتمالات التفصيل بين ما كان كل المنافع الموصى له حتى الحطب في البستان،وحتى اللحم بعد ذبح الشاة، وبين ما كان بعض المنافع للورثة ، و فيه بين ما كان للموصي بقية ثلث يمكن صرفها في النفقة ، و بين عدمها .

ففي الاول: النفقة على الموصى له، لان دليل وجوب نفقة المملوك على مالكه يشمل بالمناط أو بالاطلاق له، اذ كون جميع المنافع للموصى له يساوق الملك ، فان الملك اعتبار عرفي ، ومثل الوصية المذكورة يأتي فيها الاعتبار المذكور ، فاذا قيل للعرف الشيء الفلاني لزيد، أو قيل له الشيء الفلاني جميع

منافعه لزيد،لم ير فرقاً بينهمـا، هذا حتى وان لم نقل بأن الوضع عبـارة عن مجموع تكاليف، وان كنا قد رجحناه تبعاً للشيخ[ره] في الرسائل، حيث لايرى العرف الحكم الوضعي شيئاً في قبال الحكم التكليفي .

وفي العبد الموصي بكل منافعه ، لاحق للوارث في عتقه كفارة، اذ أدلة العتق كفارة لاتشمل مثل هذا العبد، كما لايشمل النذرصدقة وما اشبه، مثل هذا العبد او الدابة او ما اشبه ، بل ادلة العتق في سبيل الله أيضاً لاتشمل مثل هذا العبد، واذا كان الوصية كذلك تساوق الملك شمله دليل ان نفقه المملوك على مالكه، حتى وان فرض انه ليس بملك للموصى له ، اذ المناط موجود فيه بعد عدم شمول الاطلاق له .

و في الثـاني : تكون النفقة من مال الميت من الثلث ، اذ الوصية بذلك تنحل الى الوصية بالملزوم وباللازم ، حيث ان لازم مايحتاج الى النفقة اعطاء نفقته .

مثلا: اوصى بأن دابته توصل المسافرين من كربلاء الى النجف، فان تلك وصية باعطاء النفقة لها ايضاً ، كما يفهمه العرف ، و كذلك اذا اوصى بـأن يسكن الفقير داره لمدة سنة، فان تعمير الدار يكون من مال الموصى للملازمة العرفية المذكورة .

وفي الثالث : يتوقف على اجازة الوارث ، فان اجاز كانت النفقة من الثلثين الاخرين ، وان لم يجز نقص بقدر النفقة من نفس الوصية ، ولا وجه لكونها من بيت المال لما ذكره الجواهر من ان بيت المال معد لغير ذلك والحكم بأخذ النفقة منه متوقف على الحكم بعدم كونها على احد ، وهو محل البحث

كما لاوجه لكونها على الوارث ، ودليل ان النفقة على المـالك ، قد تقدم انه لايشمل المقام ، وكذلك لاوجه لكونهـا على الموصى له ، لانه ليس بملكه ، فحـاله حال ما اذا اوصى بركوبه من كربلاء الى النجف ، حيث لانفقة عليه كما تقدم .

ومما تقدم يعلم الكلام حول ماذا وصى بانتفاعه بثلث الدار أوالدابةمدة أومطلقاً، حيث تكون النفقة فيالتركة انكان للثلث بقية أواجاز الوارث، ومن نفس الموصي بـه ان لم يكن أحدهما ، كما يعلم أيضـاً حكم النفقة فيما اذا أوصى بأن ركوب الدابة لمنأراد مدة أومطلقاً وسكنىالدار لمن أراد مدة أو مطلقاً .

أما اذا فعل ذلك فيحياته بان أوقف دابته فيالاصطبل، وقال: يركبها من أراد الزيارة أو خلى داره، وقال : سكناها لمن أراد من الزوار كان النفقة عليه بلااشكال، لانها تابعة للملك، ولادليل ولوالانصراف عن مثلالمقام .

وقد ظهرمماتقدم حال ماذا قال: تركبون انتم يوماً على الدابة والموصي له يوماً ، أو تسكنون انتم الدار شهراً وهـو شهراً ، أو لكم ثمرة البستان سنة وهو سنة .

ولوأوصى بأن سكنى الدار لكمسنة وله سنة، وكذلك فيالدابة والبستان وماأشبه، وقال: على الموصيله النفقة مدة انتفاعه، فهل تنفذ هذهالوصية أم لا؟ مقتضىالقاعدة القبول ان قبلالموصيله، وانلم يقبل، فانكان اعطاء النفقة على نحو تعدد الوصية لزمت الاولى ، دون الثانية ، وان كان على نحو المصب أو القيـد بطلت ، وان كان على نحو الشرط كان للوارث رفض الوصيـة ، لان

حق الخيـار يورث، وللوارث عدم الفسخ ، مثل خيار تبعض الصفقة وتخلف الشرط .

ثم ان صورة بطلان الوصية لامجال للبحث في النفقة ، اما صورة صحتها فحال النفقة حال ماذكرناه في السابق، اذ الوصية لم تحدث تغييراً في الاصل، ولافرق فيذلك بين جعل بعض النفقة أوكلها، سواء في الدائمة ، أو الموقتة على الموصي له .

ثم انه اذا جعل الموصي المنفعة للموصى له بحيث بقى الملك للورثة، فهل لكل منهما التصرف فيما له ولوتضرر الاخرتضرراً متعارفاً بين الجيران، أوليس له ذلك، ولولم يتضرر الاخرأوله ذلك بمالايتضرر الاخراحتمالات ـ بعد وضوح انه ليس لاحدهما تصرف يتضرربه الاخرتضرراً كثيراً ، ليس من نحو تضرر الجيران المتعارف لاطلاق دليل لاضرر ونحوه ـ .

أماالاول: فيدل على أصل جواز التصرف اطلاق دليل السلطنة .

وقال في الجواهرمازجاً مع الشرائع: وللموصي له التصرف فى المنفعة على وجه لاضررفي العين، بل على حسب التصرفات فى المنافع وللورثة التصرف فى الرقبة ببيع وعتق وغيره مماهو غيرمناف للمنفعة، ولايبطل حق الموصى له بذلك بلاخلاف معتدبه، ولااشكال أجده فى شيء من ذلك ـ انتهى .

ويدل على جـوار الاضرار المتعارفة ان الجوار دائماً يوجب ذلك ممـا يتعارف، وأدلة لاضررلاتشمله، فان الجار ينزعج من اطفال الجار ومجالسه وثلجه فى الشتاء، وغيرذلك كما ذكروه فى [كتاب احياء الموات] .

وأماالثاني: فيدل عليه انه كتصرف المشتركين فى مال الشركة، حيث لايحق لاحدهم التصرف الابرضى الشريك، لان كل تصرف فى مال النفس تصرف فى

مال الغير، فيمنعه دليل سلطنة الغير. والقول بانهما ليسا كالشريكين الذين لايجوز لاحدهما التصرف فى العين المشتركة الاباذن الاخر، لعدم التميز بخلافه هنا، فان ملك كل منهما مميزعن الاخرعلى وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاة، ولاضرر على الاخر، مردود بأن المراد بالتصرف المنافى .

أما غير المنافى فهو جائزفى المشترك أيضاً ، كما اذا باع أحدهما ماله المشاع مع الاخر، وفى المقام اذا أرادمالك العين ترميمها كان تصرفاً في ملك مالك المنفعة وإذا أراد مالك المنفعة الجلوس فيها كان تصرفاً في ملك مالك العين، ومثل ذلك مالو اشترى أحدهما المنفعة سنة والاخر العين، حيث اللازم اجازة كل واحد منهما اذا أراد التصرف المنافي لحق الاخر.

نعم، يمكن ان يقال: في المقام ان المالك الموصي، حيث أوصى بالمنفعة للموصى له كان معناه اعطائه حق التصرف فى العين، فدليل التصرف فى ملك الغير الممنوع لايأتى هنا ، وأن أتى فيما باعهما أحدهما العين والاخر المنفعة [بناءاً على صحة بيع المنفعة ، كماهو الاظهروذكرناه فى المكاسب] .

وأما الثالث: فيدل عليه مادل على الاول بعد منع كونهما كالجيران فى عدم بأس الاضرار القليلة المتعارفة، والاقرب الاوسط لماعرفت .

ثم الظاهر صحة بيع كل منهما ماله من العين أو المنفعة ، كماتصح المصالحة والاجارة للعين وغير ذلك، لاطلاق أدلتها ، والزوجة ترث من المنفعة ، لا من الارض اذا مات الوارث، اذ المنفعة التى يستحقها الموصى له ليست أرضاً، وان كانت منفعة الارض فحالها حال مااذا وهب المنفعة لانسان فمات الموهوب له، حيث ان زوجته ترث منها ، لاطلاق أدلة ماتركه الميت فلوارثه .

قال فى الجواهر: الوصية بذلك تمليك عندنا لاعارية، فلومات الموصى

لهورث عنه، وتصح اجارته واعارته ـ انتهى .

ولوقال: لزيد منافع الدابة الى خمس سنوات، مثلا : ملك ولدها أيضاً حيث انه من المنـافع ، ولو جنى عليها جان بما أوجب نقص المنفعة كان له تطلبها، وحيث لايخسر الجاني مرتين كان قدر فوت المنفعة له والزائد للوارث و لو وطئها واطيء بما أوجب حرقها بعد ذبحها أعطى قدر خسارة الموصى له من القيمة والبقية للوارث ، ولوساوت اجرة الدابة لسنة مع قيمتها فرضاً، فهل القيمة المدفوعة للموصى له؟ أوتقسم بينهما بالنسبة لذهاب حق الاختصاص ولايتوى حق امرءمسلم؟ احتمالان ، وان كان الثاني أقرب الى قاعدة العدل ولو كانت الشاة المـوصى بمنافعها لزيد في قطيـع وطى احداها ، واقرع لاجل تميزها فخرجت القرعة على غيـرها لم يكن على الموصى له خسارة، أما اذا خرجت القرعة عليها خسر كلاهما، فان عرف الواطي تحملها، وان لم يعرف سقط حق الموصى له، ولوأوصى بمنفعة دابة أوسيارة أوماأشبه كان للموصى له السفر بها في غير مورد الخطر .

أما الاول: فلانه المنصرف في الوصية بهما.

وأما الثاني : فلان الخطر على العيـن المملوكة للوارث ممنوع ، فـاذا رضي جاز، أما اذا لم يرض في الاول لم يكن له حق بل كان كما اذا أراد أحد الشريكين تصرفاً متعارفاً في المال المشتـرك ولم يرض الاخر ، ثم اذا عطب الموصى بمنفعته على يد أحدهما بدون تعد أوتفريط لم يكن ضامناً لانه تصرف له، فهو كالامين الذي ليس عليه الا اليمين، نعم، اذا كان بتـعد أوتفريط كان ضامناً، لدليل على اليد وغيره.

قال في الجواهر: ولوقطع طرفه اختص الوارث بارثه على الاقوى ، و

يحتمل التقسيط أيضاً ولو لم تنقص به المنفعة كالانملة، فهو للوارث قطعاً.

أقول : الجنـاية على الدابة أو السيارة أو الدار أو غيرها على ثلاثة اقسام: لانها اما تنقص المنفعة لا العين، فالارش للموصى له، او العين لا المنفعة فالارش للوارث، او كلتاهما، فالاربينهماش يقسم بالنسبة ، ولو شك في انه اوصى بهما أو باحدهما كان الاصل عدم الوصية بالثانية.

ولو اختلفا في انه اوصى بكون العين للموصى له مسلوبة المنفعة حيث للوارث المنفعة او بالعكس بأن تكون المنفعة للموصى له دون العين كان من التحالف فاذا حلفا او نكلا قسمتا بينهما بالنسبة ولا مجال للقرعة لانـها لامسرح لها في الماليات كما تقدم غير مرة.

ولو اوصى بمنفعة سنة [مجملا] لزيد كان للوارث جعلها أي وقت اراد مما يشمله اطلاق الوصية لما تقدم ويأتي ان تميز الكلي في فرد في يد الوارث اذ لادليل على أكثر من ذلك بعد صدق تنفذ الوصية بأي فرد اراده الوارث والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٢١ـ) اذا أوصى بالكلي المطلق، كما لو قال: اعطوا زيداً شاة تخير الوارث في اعطائه مايصدق عليه انه شاة الا اذا جعل الخيار لغير الوارث في التعيين، سواء جعله للورثة كلهم أو بعضهم أو للموصى له أو الثالث

أما الاول : فلان الواجب تنفيذ الوصية الذي يتحقق باعطائه أي فرد من الكلي كبيراً أوصغيراً صحيحاً اومعيباً سميناً اوهزيلا غالياً اورخيصاً، بل وفي أى زمان اوأي مكان اذا لم يكن انصراف كان يعطى في يوم الخميس ، حيث الشاة رخيصة بمناسبة بيعها في ذلك اليوم حيث يجيء أهل الارياف لزيارة الامام الحسين عليه السلام، مما يوجب تنزل السوق أويوم الجمعة حيث يحتاج الى كثرة الذبح مثلا : فتـغلوا، وكذلك ان يعطي في هذا البلد، حيث الغلاء أو بلد آخر، حيث الرخص، كما اذا سافرا معاً الى بلد ثان فأراد الوارث اعطائها اياه هناك، ولولم يقبل الاخذ في زمان خاص او مكان خاص اوشاة مخصوصة سلمها بيد الحاكم الشرعي ان لم يمكن تسريحها امامه، كما ذكروا في باب اقباض البائع المتاع المشترى للمشترى .

ولوجعل الموصي الخيار للاخذ أو الثالث لم ينفع اختيار الوارث ، بل اللازم تنفيذ الوصية الا اذا أراد الثالث أوالموصى اليه فوق قدر الثلث ، كما اذا كان ثلثـه مساو لعشرة فأراد من له الخيـار ماله قيمة احدى عشرة ، ولو أخذ الموصي اليه الشاة، ثم أراد تبديلها فهو شيء جديد، وان رضي الوارث لان الثاني يقع نفس الوصية لان بالتسليم سقط التكليف ولا دليل على عوده بالفسخ، فاذا تسلمه الوارث ولم يسلم غيره لم يكن فعله منافياً للوصية بل كان من اكل المال بالباطل، ويظهر الثمر في انه إذا تسلمه ، ثم اراد اعطائه دون

تلك القيمة لم يكن له حق اذا لم يرض الموصى له، ويحتمل كون الثاني أيضاً من باب الوصية، لان العرف يرى ذلك .

ويؤيده رواية الامام امير المؤمنين عليه السلام، في أخذ الصدقات حيث يريد صاحبها تبديلها، لكن الاقرب الاول، وفي التأييد المذكور نظر.

ولو قال: اعطوه شاتاً لم ينتظر حتى يكبر بقية الورثة، اويعقل اذا كان فيهم مجنون، اذ الانصراف اعطاء من كان قابلا منهم للاعطاء.

نعم، يلزم اتفاقهم اذا كانوا جماعة فيما لم يكن انصراف ، ولو اختلفوا فالقرعة لانها لكل امر مشكل وهل للمرأة الاختيار بالنسبة الى الوصية بالارض احتمالان من انها لاحق لها فيها فلا اعتبار باختيارها ، ومن ان عدم حقها في اخذها ارثاً، والمعمول انصراف لفظ الموصي ، ولو لم يكن انصراف كان الاصل عدم حقها، اذ لادليل على الحق، ومثله الكلام في القاتل والكافر حيث لايرثان، اما الطبقة التي لاترث فأوضح .

نعم ، اذا لم تنفذ الوصية حتى صار الامر الى الطبقة المتأخرة كان المعيار اختيارهم للارتكاز، ويأتي مثل الكلام في الكلي المطلق ، في الكلي في المعين كما اذا قال : اعطوه شاة من هذه الشياه ، والمردد مثل احدى هاتين الشاتين والمشاع مثل صاعاً من هذه الصبرة والفرق بين المعين والمشاع ان الاول حصص ليست قابلة للتبادل الا في دائرة افرادها ، فمن خمسة شياة مثلا أحدها بينما المشاع صاع من خمسة اصوع، حيث يقبل الانطباق على عشرات بالتبادل ثم للمشاع فردان فقد يريد الموصي الفرد كما ذكر، وقد يريد الجزء ، والفارق

ان الفرد يبقى واجباً ، وان تلف سائر افراده فيكون التلف من كيس الورثة ، وفي المشاع اذا تلف البعض فقد ذهب من كيس الكل بالنسبة .

قال في القواعد : والضابط ان كل لفظ يقع على الاشياء وقوعاً متساوياً ، أما لكونه مشتركاً او لكونه متواطياً فان للورثة الخيار في تعيين ماشائوا ويحتمل في المشترك القرعة ، ويحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقة دون المجاز .

أقول : الاحتمالان الاخيران غير ظاهر الوجه ، الا بالنسبة الى الاخير فيما كان اللفظ متساوى الظهور في كل من الحقيقة والمجاز .

ولايخفى انه لايلزم شمول اللفظ للجميع من باب وحدة الجنس أو النوع أو الصنف ، بل يمكن الشمول من باب صدق اللفظ فقط ، مثل اعطوه أحد اشيائي وله كتاب وقلم ومحبرة وشاة وشجرة مثلا ، ولايشترط وجود الفرد حال الوصية أو الموت ، فلو قال : اعطوه شاة صح اعطائه شاة تولد فيما بعد .

نعم لو قال افظاً : تجدد له فرد جديد لم يكن في السابق اشكل اعطائه من الجديد الا اذا كان للفظ عموم ، كما اذا قال: اعطوه مصباحاً كهربائياً وكان وقت الوصية لم تظهر بعد المصابيح الشمعية ثم ظهرت ، ولعل ذلك يفهم من عباراتهم وان كان المنصرف من التساوي في كلماتهم غير ذلك .

قال في الشرائع : وكل لفظ وقـع على اشياء وقوعاً متساوياً ، فللورثة الخيار في تعيين ماشائوا منها ، ولو قال : يعطى لزيد شاة وكان له وارث ووصي فالظاهر انهما مثل وارثين ، أووصيين ، اذ لاظهور للفظ فى ارادة أحدهما ، ولو تنازعا فـان تساوى الامران المراد اعطـاء أحدهما قيمة كان المجال للقرعة ، وان اختلفا واراد الوصي اعطاء الازيد قيمة لم يكن له ذلك الحق ، لانه تصرف فى مال الورثة بدون رضاهم بالنسبة الى الزيادة ، والاختلاف فيما اذا أراد الوصى

اعطاء الاقل قيمة حاله حال تساوى القيمة فى القرعة ، ويأتى مثل هذا الكلام فى وارثين أراد أحدهما اعطاء الاكثر قيمة والاخر اعطاء الاقل قيمة .

ولو أوصى باعطاء شاة خاصة أو شيء آخـر معيناً فماتت بطلت الوصية لفوت متعلقها .

نعم، لوعلم انه من باب تعدد المطلوب ولو من جهة ارتكاز الموصى انتقل الامر الى مثله أو قيمته أو بدله، مثلا: أراد تزويج يتيم اذا بلغ، فقال : اعطوه الالف الموجود في الصندوق، لكن كان ذلك من باب مطلوب ثانوي ، وانما كان مطلوبه الاولى اعطائه ألفاً ليتزوج وكان التعيين من باب مطلوب آخر كان اللازم اعطائه الالف من مكان آخر ، والفرق بين المثل والقيمة واضح ، وان كنا نستظهر ان الشاة ونحوها مثلى أيضاً، لان الاعتبار بالعرف، فان الشارع قال على اليد ماأخذت حتى تؤدى،[(١)] واداء شاة بدل الشاة أقرب الى الشاة المغصوبة عن قيمتها، فان الشيء الى نفسه أقرب من غيره [باعطاء نفس الشاة المغصوبة] ثم بدله المثل اقرب [اذا هلكت] ثم قيمته [اذا لم يكن له مثل] ثم بدله ،كما اذا اباحه جلوس داره فغصبها غاصب، حيث يجب عليه اعطاء بدل الايجار ، وذلك ليس مثلا ولاقيمة وانما بدلا ، وانما الفرق بينه وبين بدل الحيلولة ان الاول بدل الذات، والثاني بدل السلطة، ولذا كان مقتضى القاعدة رجوع الاصل الى صاحبه اذا حصل وبدل الحيلولة انما هو في من ألقى اناء الغير في البحر مثلا ثم ان ماذكرناه من تعدد المطلوب حاله حال ماذكروه فى الوقف من الارتكاز اذا تعذر المصرف المعين .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ٢ . .

ولو شك في انه هل كان من باب تعدد المطلوب أو وحدته كان الأصل مع الوحدة، ولو هلك من أوصى له، فان كان على نحو تعدد المطلوب عمل بالمطلوب الاخر، وان كان على نحو وحدة المطلوب، مثل انه أراد تزويج زيد، حيث ان اباه أمر بذلك فأوصى بان يزوج ، فالظاهر ان المال يرجع ميراثاً ، أو يكون حينئذ ،كمااذا أوصى ان يعطي ولد زيد، والحال انه اشتبه ولم يكن لزيد ولد، ولو لم يقبل الموصى له أخذ ماأوصى، فان كان من باب تعدد المطلوب صرف في المطلوب الاخر، وان كان من باب وحدة المطلوب صرف ميراثاً لماتقدم اذ يظهر من ذلك بطلان الوصية .

ولو أوصى بأحد شاتيه فماتت احداهما أو سرقت تعين الثانية ، وكذلك الحال في الكلي في المعين، ولو أوصت بشاة خاصة من شاتيه فسرقت أوماتت احداهما ولم يعلم ان أيهما سرقت عمل بقاعدة العدل في الشاة الباقية، فلكل من الوارث والموصى له نصفها، ولو كانت الموصى بها شاة من ثلاث فسرقت أو ماتت احداهـا كان للموصى بها ثلث الشاة ، لملاحظة النسبة أو نصف الشاة كما في الدرهم والدرهمين للودعي على اختلاف في تلك المسألة ، هل ان الرواية على طبق القاعدة ممايتعدى منها الى أمثال ذلك المقام، أوعلى خلاف القاعدة مما يقتصر فيهـا على موردها ، وفي سائر المقامات يعمـل بقاعدة العدل .

ولو أهلك الشاة الموصى بهامهلك لم تبطل الوصية، وانما تنتقل الى القيمة لقاعدة اليد او الى شاة اخرى .

قال في الشرائع: فيما لو أوصى بمماليكه لزيد، فان ماتوا بطلت الوصية فان قتلوا لم تبطل وكان للورثة ان يعينوا له من شاؤوا ويدفعوا قيمته ان صارت

اليهم والاأخذها من الجاني، ثم لو قتلوا في حياة الموصي، فقد قال المسالك الاصح عدم بطلان الوصية وانتقال حكمها الى البدل،لكن فى الجواهر اشكل عليه بالبطلان كالعين الموهوبة قبل القبض .

أقول: ان كان فيصورةوحدةالمطلوب۔ ولو للاصل ۔ فكما قال الجواهر وان كان في صورة تعدد المطلوب ، فكما قال المسالك : ولعله أراد ذلك ، اذ من المستبعد قوله بذلك في صورة وحدة المطلوب .

و لو هلكت الشاة في صورة تعدد المطلوب ، فهل يكون الصوف ونحوهالورثة في قبال اعطائه شاة اخرى أو الموصى له ، لانه باق من الشاة فلاوجه لانتقاله الى البدل؟ لايبعد الاول فان تعدد المطلوب يقتضي اعطائه شاة وقد اعطوه .

ولوقال: اعطوه أحدى شياهي، وكانتله خمس، فلما مات كانت له عشر شياه ، فهل يعطىمن الاول ، أو مطلقاً، ولو من الجدد؟ هذا تابع لما يستظهر من لفظه ، فان استظهر ارادة الخصوصية ، فمن الاول و الا مطلقاً ، و لو لم يعلم المراد كان الاحتياط مع الاول لاحتمال انصباب الوصية على الاول فلا يعمل بشمول الوصية المجدد فاعطائها يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

(مسألة - ٢٢ -) قال في الشرائع: تثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين وقال في المسالك : سواء كان بالمال أو بالولاية وتبعه الجواهر في ذكرهما وادعى على ذلك الاجماع بقسميه، ولايخفى ان المال والولاية من باب المثال و الافكذلك الشهادة في الحق ، مثل حق التحجير على قول المشهور انه مجرد حق ، و انما يملك بعد العمارة ونحوها ، و ان كنا اخترنا في [كتاب احياء الموات] تبعاً لبعضهم انه يملك بمجرد التحجير، وكذلك في مثل الحبة على قولهم انه ملك، وليس بمال وان تنظرنا فيه بانه مال أيضاًفالدينار في قبال عشرة آلاف حبة معناه جزء من عشرة آلاف جزء من الدينار في قبال الحبة .

وكيف كان ، فكذلك تثبت بالشهادة بالبضع ، كما اذا أوصى بتحليل أو تزويج امته لزيد ، وليس ذلك احدهما ، الى غير ذلك .

والحاصل : كل شيء له تثبت وصيته فيه بالشاهدين ، ثم قال الشرائع : ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة ، وقيده الجواهر بقوله في الاولى منهما: [أي المال] بل عن فخر الدين وظاهر الغنية و صريح الصيمري الاجماع عليه .

أقول : لابأس بالتعدى الى الولاية وغيرها ولو بالمناط عرفاً ، ويدل على أصل الحكم الاية الكريمة قال سبحانه : «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم، أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشترى به ثمناً .

ولو كان ذاقربى ولانكتم شهادة الله انا اذاًلمن الاثمين فان عثر على انهما

استحقا اثماً فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ومـا اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ، ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها ، أو يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم واتقوا الله واسمعوا والله لايهدى القوم الفاسقين»[(١)] .

فقد روى محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم عن رجاله رفعه قال : خرج تميم الدارمي وابن بندى ، وابن أبي مارية في سفر ، وكان تميم الدارمي مسلماً ، وابن بندى ، وابن ابي مارية نصرانيين وكان مع تميم الدارمي خرج له فيه متاع و آنية منقوشة بالذهب وقلادة اخرجهـا الى بعض اسواق العرب للبيع فاعتل تميم الدارمي علة شديدة .

فلماحضره الموت دفع ماكان معه الى ابن بندي ، وابن ابي مارية، وامرهما ان يوصلاه الى ورثته فقدما الى المدينة ، وقد أخذا من المتاع الانية والقلادة وأوصلاسائر ذلك الى ورثته فافتقد القوم الانية والقلادة فقالوا لهما : هل مرض صاحبنا مرضاً طويلا انفق فيه نفقة كثيراً ؟ قالا : لا ، مامرض الاياماً قلائل ، قالوا : فهل سرق منه شيء في سفره ، هذا ؟ قالا : لا، قالوا : فهل اتجر تجارة خسر فيها ؟ قالا : لا .

قالوا : قد افتقدنا أفضل شيءكان معه آنية منقوشة بالذهب مكللة بالجوهر وقلادة فقالا : ما دفع الينا فاديناه اليكم فقدموهما الى رسول الله صلى الله عليه وآله فأوجب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليهما اليمين، فحلفا فخلى عنهما

---

(١) المائدة : آية/١٠٨ .

ثم ظهرت تلك الانية والقلادة عليهما فجاء أولياء تميم الى رسول الله فقالوا : قد ظهر على ابن بندى وابن أبي مارية ماادعيناه عليهما فانتظر رسول‌الله صلى الله عليه‌وآله وسلم الحكم من‌الله في ذلك ، فانزل الله تبارك وتعالى : «ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم فى الارض» .

فاطلق الله شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط اذاكان فى سفر ولم يجد المسلمين «فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله‌ان ارتبتم لا نشترى به ثمناً ، ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين» فهذه الشهادة الاولى التى جعلها رسول‌الله صلى الله عليه وآله وسلم «فان عثر على انهما استحقا اثماً » أي انهما حلفا على كذب « فآخران يقومان مقامهما» يعنى من اولياء المدعى «من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان‌بالله» يحلفان‌بالله انهما أحق‌بهذه الدعوى منهما فانهما قد كذبا فيماحلفابالله «لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا اناإذاً لمن الظالمين» فأمر رسول‌الله أولياء تميم الدارمى‌ان يحلفوا بالله على‌ما أمرهم فحلفوا فأخذ رسول‌الله القلادة والانية من ابن بندى وابن أبى مارية وردهماعلى أولياء تميم الدارمى «ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها أويخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم» (١) .

ورواه على بن ابراهيم فى تفسيره مرسلا نحوه ، ورواه السيد المرتضى فى رسالة الحكم والمتشابه نقلاعن تفسير النعمانى باسناده الاتى عن علي‌عليه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٤ و ٤٩٥ الباب ٢١ من أبواب الوصايا ح ١ .

السلام نحوه، الا انه قال [تحبسونها من بعد الصلاة] يعني صلاة العصر ـ كذا في الوسائل[1] ـ .

قال في الجواهر: نعم، في غير خبر علي بن ابراهيم ان النصرانيين قد ادعيا شرائه عن تميم وانكرهما الورثة.

أقول: لكني لم أجد ذلك في الوسائل والمستدرك والظاهر ان الحكم ليس خاصاً بأهل الذمة، اذ لا يدل عليه الكتاب، والروايات المطلقة كثيرة، بالاضافة الى الحكمة المذكورة فيها والمناط، بل اطلاق الاصحاب أهل الذمة وأهل الكتاب يشمل كل أهل الذمة.
وقد ذكرنا في [كتاب الجهاد] ان المعلوم من سيرة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعلي عليه السلام، ان غير أهل الكتاب أيضاً أهل ذمة، اذ لا دليل معتد به لما اشتهر بينهم من تخيير غير الكتابي بين الاسلام والسيف، وقد ترك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المشركين في مكة وغيرها ولم يطلب منهم الاسلام أو السيف، بل على ذلك جرت سيرة المسلمين في حكوماتهم المستقيمة والمنحرفة كما لا يخفى لمن راجع السيرة والتاريخ، وقد قال سبحانه: «لا اكراه في الدين»[2].

وكيف كان، فاصرار الجواهر على العدم منظور فيه، فقد روي الكليني في الصحيح، عن ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا، الا ان

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٥ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) البقرة: آية/٢٥٦ . .

لايوجد في تلك الحال غيرهم، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لانه لايصح ذهاب حق امرء مسلم ، ولاتبطل وصيته وعن الشيخ ، عن أحمد ابن محمد مثله [١].

وفي رواية المشايخ الثلاثة ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال : سألته عن قول الله عزوجل : «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذواعدل منكم او آخران من غيركم» قلت : ما آخران من غيركم؟ قال : هما كافران ، قلت : ذوا عدل منكم ؟ قال : مسلمان [٢] ـ كذا في الكافي ، و ترك ذيل الحديث في الفقيه و التهذيب ـ .

وفي صحيح ابن مسلم، المروي في الكافي ، عن ابن مسلم ، وفي الفقيه، عن عبيدالله الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم ؟ قال عليه السلام : نعم ، اذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لايصلح ذهاب حق أحد [٣].

وروي الشيخ ، عن علي بن ابراهيم مثله ، و عن الكافي والتهذيب عن هشام [بن سالم ، أو ابن الحكم] ـ على اختلاف النسخ ـ ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في قول الله عز وجل : « أو آخران من غيركم » قال : اذا كان الرجل في بلد ليس فيه مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية [٤].

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩١ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٤ .

وفي رواية آخرى : اذا كان الرجل في أرض غربة لايوجد فيها مسلم.[١]

و عن أبي اسامة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قول الله سبحانه : «شهادة بينكم» الى قوله: «أو آخران من غيركم» قال :هما كافران ، قلت : فقول الله : «ذوا عدل منكم» ؟ قال : مسلمان.[٢]

وعن زيد الشحام ، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال : سألته عن قول الله « أو آخران من غيركم» ؟ قال : هما كافران.[٣]

ولايقاوم هذه الروايات المطلقة والمعلله والموافقة لظاهر اطلاق الكتاب الاطائفتان :

الاولى : ما حصر بأهل الكتاب والمجوس ، مثل ما رواه يحيى بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فان لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس ، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سن فيهم سنة أهل الكتاب في الجزية.[٤]

والثانية : ما جعل غيركم مسلمين أيضاً ، مثل ما رواه الصفار في بصائر الدرجات ، بسنده الى المفضل بن عمر ، الى أبي عبد الله عليه السلام ، وفيه في تفسير الاية ، و ذلك اذا كان مسافراً فحضره الموت اشهد اثنين ذوى عدل من أهل دينه ، فان لم يجد فآخران ممن يقرء القرآن من غير أهل ولايته .

واللازم حمل هاتين الطائفتين على الفضل ، فالمسلم غير أهل الولاية

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٣ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١٠ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٥٩٢ الباب ٢ من أبواب الوصايا ح ٦ .

أولى ، ثم أهل الكتابين ثم المجوس ثم مطلق الكافر ، وهذا هو الذي يقتضيه الجمع الدلالي .

ولذا صرح بعض الروايات بأهل الكتاب فقط ، مثل مـا رواه حمزة بن حمران ، عن أبي عبد الله عليـه السلام ، قال : سألته عن قول الله عزوجل : «ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم»[١] قال: فقال اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب[٢] .

ومثله غيره، وحيث لم يفرق في النص والفتوى بين اليهود والنصارى لم يكن فرق بينهما ، وان كان الاول أبعد ، قال سبحانه : «لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين اشركوا ولتجدن أقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا انا نصارى»[٣] وان كان اخير الاية «ذلك بان منهم» يمنع الاطلاق .

نعم، من ينكر نبيين اسوء ممن ينكر نبياً ، وكيف كان فالظاهر انه لافرق بين الكافر الذمي والمعاهد وغيرهما كما اذا كان لا عهد ولاذمة ــ فرضاً ــ فانه تصح الشهادة لدى الاضطرار لاطلاق الاية والرواية ولعموم العلة المنصوصة والمعقولة .

نعم ، في الشهادة للمسلم يلزم الضرورة وهي واقعي، والطريق اليها العلم أو الحجة ، مثل قيام الثقة بالضرورة ، لكن لايبعد ان يستفاد من الروايات و خصوصاً المعللة انه لو كان الميت يزعم الضرورة كفى ، وان لم تكن ضرورة واقعاً ، فقول الجواهر : بل قد يقال : بعدم قبول شهادة أهل الذمة حـال عدم

---

(١) المائدة : آية/١٠٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٢ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٧ .
(٣) المائدة : آية/٨٢ .

العلم بتحقق الضرورة التي هي شرط ذلك لظاهر جملة من النصوص والفتاوى الى آخر كلامه غير ظاهر.

نعم، اذا كان مسلم في مذهبه كفاية أهل الكتاب مطلقاً حكمنا بمذهبه لقاعدة الالزام، لا في ما اذا كان مؤمن غير مبال مذهبه عدم الكفاية الا للضرورة لكنه وصى بشهادتهما من غير ضرورة.

ثم انه قد تقدم ان مقتضى بعض الروايات و المناط تقدم قبول شهادة المسلمين الفاسقين من غير جهة الكذب على الكافرين، و هذا هو المحكي عن العلامة، و كذلك مجهول الاسلام والكفر على واضح الكفر، والمخالف على الكافر.

نعم، لو دار بين المسلم الكاذب والكافر غير الكاذب قدم الثاني لاطلاق دليل الثاني بعد عدم شمول دليل الاول، فقول الجواهر: الظاهر: ان التمكن من المسلمين الفاسقين ولو بغير الجناية والكذب كعدمه لعدم قبول شهادتهم ولو في حال الاضطرار، محل نظر.

وبهذا يظهر، انه لو كان مسلم فاسق من غير جهة الكذب و كافران ضم أحدهما اليه، ولو دار بين امرأتين مسلمتين وكافر وبين كافران قدم الاول لما يستفاد من تأخر رتبة الكافر، فقول الجواهر: والظاهر تحقق الضرورة، وان تمكن من النساء الثلاثة التي يثبت بها ثلاثة ارباع الموصى به فضلا عن الاثنتين و الواحدة لظهور النصوص في ان المقدار قبولها على عدم التمكن مما يثبت به تمام المطلوب من المسلمين وهو متحقق في الفرض، محل منع، كيف و الضرورات تقدر بقدرها.

نعم ، اذا كانت امرأة واحدة لم تنفع ، اذ هي مع كافر واحد لايثبت بهما الوصية .

نعم الظاهر ان الاضطرار حاصل ، وان تمكنت من تضعيف الوصية أربعة أضعاف مما يمكن به اثبات كلها ، و ذلك لصدق الاضطرار ، كما أفتى به الجواهر ، لكنا قد ذكرنا في [كتاب الشهادات] عدم البأس بالتضعيف للمرأة الواحدة لاثبات الحق. فان أدلة حرمة الكذب لاتشمل مثل المقام ، فقول الجواهر الظاهر انه لايجوز للمرأة العالمة بقدر الموصى به وانه لاشريك لها فى الشهادة تضعيف المشهود به على وجه يصلح للموصى له مقدار ما أوصى به للكذب المحرم الذى مثل ذلك لا يعد مصلحة لتسويغة لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعاً كونه له ، وان كان فى الواقع انه له ـ انتهى .

محل نظر، فان الشهادة بحيث لايصل حق الطرف ، مثل عدم الشهادة و المعيار فى الشريعة الحقوق .

ولذا قال صلى الله عليه و آله و سلم : فقد اقتطعت له قطعة من النار . و بعض الروايات تدل على جواز الكذب فى مثل المقام فراجع [كتاب الشهادات] كما يشمله اطلاق جواز الكذب فى الاصلاح ، وهل حال المرتد حال الكافر؟ الظاهر ذلك ، لاطلاق الادلة السابقة و وجوب قتله لايمنع ذلك ، كما ان الكافر لو وجب قتله لقصاص ونحوه لم يمنع ذلك قبول شهادته .

أما المرأة الكافرة، فالظاهر ان حالها حال المرأة المسلمة جمعاً بين دليلي كون المرأة الربع وقبول شهادة الكافر.

ثم في مثل مورد الرواية ان ادعيا البيع لهما أو سائر وجوه الانتقال ، فان انكر الوارث كانا مدعيين، وان قال الوارث : لااعلم كان له ان يحلف على عدم

علمه اذا لم تكن لهما بينة ، كما في كل مورد يدعي المدعي انتقال الشيء من المورث اليه مع علم الوارث بالعدم او عدم علمه، وقد ذكرنا في [كتاب الشهادات] ان الادعاء على الميت يحتاج الى اليمين بالاضافة الى البينة .

ثم الظاهر اشتراط الوثاقة في الكافرين وهي تحصل بعدم معروفيتهما بالكذب وان كانا فاسقين حتى فى دينهما، لعدم الدليل على أكثر من ذلك .

وهذا هو الظاهر من خبر حمزة بن حمران، قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجل: «ذوا عدل» قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب، وقال: انما ذلك اذا مات الرجل المسلم بأرض غربة وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما [1]، اذ المستفاد من المرضي ليس اكثر من ذلك بقرينة الحكم والموضوع فاعتبار جماعة عدالتها في دينهما غير ظاهر الوجه ، وهل يعتبر حلفهما مطلقاً اوبعد صلاة العصر مطلقاً، او مع الريبة فيهم احتمالات، الظاهر ذلك مع الريبة ، كمافي الاية وبعض الروايات، وقد افتى به العلامة والكركي وغيرهما كما حكى عنهم .

ففى خبر يحيى بن محمد المروي فى الكافى والفقيه وغيرهما ـ كما فى الوسائل ـ عن الصادق عليه السلام [الى ان قال] : وذلك اذامات الرجل فى ارض غربة فلم يوجد مسلمان اشهد رجلين من اهل الكتاب يحبسان بعد الصلاة [العصر:ية] فيقسمان بالله لانشتري به ثمناً ، ولو كان ذا قربى ولانكتم شهادة الله اناإذاً لمن الاثمين، وذلك اذا ارتاب ولى الميت فى شهادتهما، فانعثر على انهما

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٢ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٧ .

شهدا بالباطل فليس لـه ان ينقض شهادتهما حتى يجيىء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الاولين فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ، وماعتدينا انا اذاً لمن الظالمين ، فاذا فعل ذلك نقضت شهادة الاولين وجازت شهادة الاخرين يقول الله عزوجل : «ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها اويخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم»[(١)].

وبذلك يظهر، ان اطلاق الحلف ولو بدون الريبة اوعدم الحلف أوعدم لزوم الحلف بعدصلاة العصر ليس مماقام عليه دليل، فقول الجواهر: قديقوى فى النظر خلافه لاطلاق جملة من النصوص معتضداً بخلو فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره، ثم حمله على النسخ اوالندب، فيه كفاية الآية ، ولادليل على النسخ وظاهر الامر الوجوب وعدم تعرض بعض النصوص لايقيد ،كما ان خلو كلام جملة منهم لايقاوم ذلك .

وعليه فاللازم ان يكون الحلف بعدصلاة العصر وبالصيغة المذكورة فى الاية، الا ان كان لهما لغة اخرى ، فاللازم تفسير ذلك لعدم فهم خصوصية اللغة العربية من الاية المباركة ، وهل اللازم اجتماع الناس ، كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ الظاهر لا ، اذ الفعل لايدل على الوجوب بعد عدم وجود دليل آخر ، وان لم يستبعد استحبابه تأسياً .

ثم انه اذا اوصى فى حال امكان المسلمين ثم مات حين لم يكن مسلم لم تكف تلك الوصية، قال سبحانه: « ان انتم ضربتم فى الارض فاصابتكم مصيبة الموت[(٢)] » كما انه لو اوصى حين زعم انه يموت ولامسلم ثم وجد المسلم قبل

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٢ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٦ .

(٢) المائدة : آية/١٠٦ .

ان يموت لم ينفع لانه خلاف الاية والنص والفتوى ، وهل الحكم كذلك اذا زعم الموت حيث لامسلم ، ثم اغمي عليه ووجد المسلم ثم مات، لايبعد ذلك لوحدة الملاك .

وكيف كان، فظاهر الاية الكريمة بمعونة الروايات والفتاوي يعطي ثلاثة فروع رئيسية :

الاول : ان الانسان اذا اصابه مرض الموت ولامسلم يشهده على وصيته صح له ان يشهد كافرين، فاذا شهد الكافران بمااوصى قبل كلامهما .

الثاني: اذا شك الولي للميت في شهادتهما ، وهل ان ميته اشهدهما على ذلك ام لا ؟ احلف الحاكم الشاهدين بالكيفية المذكورة في القرآن الحكيم وبعد الحلف المذكور اخذبشهادتهما المؤكدة بالحلف .

الثالث : اذا ظهر للحاكم قرائن تدل على كذب الشاهدين وطلب الولي نقض الحكم، وابطال الوصية، فالحاكم لاينقض الحكم بمجرد ذلك، ولايبطل الوصية ، بل يأتي شاهدان من الاولياء يحلفان ببطلان شهادة الكافرين ، وحين ذاك يبطل الحاكم الوصية وينقض حكمه السابق ، وعليه فالايات المباركات اشتملت على امرين :

الامر الاول: صحة الاشهاد للكافر على الوصية اذا لم يكن مسلم.

الامر الثاني: ان شهادتهماأخوذ بها، بدن حلف [اذا لم يكن شك]أومع حلفهما [اذاكان شك] وتبطل شهادتهما [اذا ادعى الولي بطلان شهادتهما ، و حلف وليان على البطلان] ونزلت الاية في القصة المتقدمة عن علي بن ابراهيم باعتبار الامر الثاني ، وقوله : « من الذين استحق عليهم الاوليان » أي يحلف آخران من الورثة الذين استحق عليهم المال ، والاوليان ، فاعل استحق أي

الاولى بالميت من الورثة ، وقوله سبحانه : « ذلك » أي جعل الحكم هكذا قبول شهادة الكافر، وحلفه، ورده بالشهادة من الولي ، اذا عثر على كذبه ، فانا قد جعلنا الحكم [ذلك] ليرغبوا في الصدق [حيث ان الاعتماد على الكافر يرغبه في ان يصدق، فان الانسان يريد عدم خيبة ظن من جعل اعتماده فيه] أوليخافوا من التكذيب والى الاول أشار بقوله: «أدنى. . » والى الثاني أشار بقوله: «أو يخافوا . . » هذا حسب ما ظهر من معنى الاية الكريمة ، والله العالم بحقيقة مراده .

ثم الظاهر وجوب اشهاد الذميين ونحوهما، اذا كانت الوصية واجبة على الموصي، وقد ذكرنا في اول الكتاب وجوب الوصية في بعض الاحيان، ولو شك في الوصية ولم يحلفا لم تنفذ الوصية لظهور الاية والرواية في ان التنفيذ معلق على الحلف.

ولافرق في لزوم حلفهما ارتياب كل الورثة، أوبعضهم للاطلاق، ولو لم يكن شاهدان يقومان مقامهما عندما عثر على انهما استحقا اثماً، لم ينقض الحكم آية ورواية .

والظاهر ان شهادة غير الوليين ببطلان شهادتهما كاف في النقض لاطلاق أدلة البينة بعد وجود المناط في البينة الغريبة .

ولووصى بدون مرض الموت ثم مات فجأة أو بمرض فهل الحكم كذلك؟ لايبعد لعدم فهم الخصوصية.

قال في الجواهر: ويقوى أيضاً عدم اعتبار السفر في قبولها أيضاً وفاقاً للاكثر، بل في ظاهر المتن في باب الشهادة الاجماع عليه ، بل في الرياض لم أجد فيه مخالفاً الانادراً ، وان تضمنته الاية الا انه خارج مخرج الغالب فلا

يصلح لتقييد مادل على قبولها فى السفر والحضر من النصوص.

أقول: وهو كذلك، وقدتقـدم بعض النصوص المطلقة، والعمدة عدم فهم العرف الخصوصية فكيف باعتبار ان يكون السفر شرعياً موجباً للقصر حتى لايصح ذلك فى العاصي بسفره أوكثير السفر أومادون المسافة أوماأشبه.

فقد روي الدعائم، عن ابى جعفر عليه السلام. قال: اذاكان الرجل بأرض ليس بها مسلم فحضره الموت فاشهد شهوداً من غير أهل القـبلة على وصيته فحلف الشاهدان بالله ماشهدنا الا بالحق ، وان فلاناً اوصى بكذا وكذا، وهو قول الله عزوجل: «اثنان ذوا عدل منكم»(١) الى قوله: «فيقسمان بالله»(٢) الاية.

ثم الظاهر ان الحال كذلك اذا لم يحضره الموت الا انه يعلم انه سيصيبه شلل لايتمكن من الوصية عند المسلمين لوحدة الملاك، والظاهر ان حال الوقف حال الوصية اذا أراد ان يوقف في مكان لايوجد فيه مسلم، وهل الحكم كذلك اذا أراد الوصية، او الوقف فيماليس فيه مسلم، لذلك المكان ثم يسافر، مثلا ذهب الى بلاد روسيا التي لايتمكن من المسلم فيها فأراد جعل وقف هناك أو وصية بمال له هناك مما اذا رجع لم يقدر على تلك الوصية أو الوقف الظاهر ذلك، اذ الوقف والوصية يثبتان فى عالم الثبوت.

أما فى عالم الاثبات فهناك يكفي شهادة الكافرين ولا حاجة للاثبـات فى مكانه الذي يرجع اليـه ، فان اشهاد الكفار ليس حراماً، وانما لايثبـت به عند الاختلاف وانكار الورثة ، ولذا لوأشهد كافرين عند وجود المسلم وقبـل بهما الورثة لم يكن بذلك بأس، ولا فرق بين ان يكون الموصي رجلا اوامرأة اوطفلا

---

(١) المائدة : آية/١٠٦ .

(٢) المائدة : آية/١٠٧ . .

تقبل وصيته لبلوغه عشراً كما تقدم.

واذا تمكن الموصي من المخابرة تلفونياً في مثل هذه الازمنة فيستشهد مسلمين لم ينفع اشهاد الكافرين لانه لايتعذر المسلم، والمفهوم من النص و الفتوى تعذر المسلم، كما انه اذا تمكن من الكتابة بما يثبت وصيته لم تصل النوبة الى الكافرين، حيث ظاهر النص والفتوى الاضطرار .

قال في الجواهر: ولوشهد عدل و ذمي فالاقرب وجوب اليمين حينئذ، كما في القواعد، ولعله لعدم تمام الحجة بهما، وانكان العدل أولى من الذمي لكنه خارج من مفروض المشروعية، ولاعبرة بمثل الاولوية المزبورة ، بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان .

أقول: انكان فيما ليس فيه الا الكفار كفى ، لان المسلم أولى من الذمي الثاني، حيث لااضطرار الى الذمي الثاني، والضرورات تقدر بقدرها، وانكان فيه المسلمون كان الذمي غير كاف واحداً كان او اثنين.

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في الشرائع: تقبل فى الوصية بالمال شهادة الواحد مع اليمين ، اوشاهد وامرأتين وتقبل شهادة الواحد في ربع ماشهدت به، و شهادة اثنتين فى النصف ، وشهادة الثلاث في ثلاثة الارباع ، وشهادة الاربع في الجميع .

قال في الجواهر : من غير خلاف فيشيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا عن محكيه ، وقد قال : قبل ذلك الحكم موضع وفاق ، وقال في الاولين : لان الضابط الكلي ثبوت المال مطلقاً بذلك [الشاهد و اليمين، والشاهد والمرئتان] والوصية بالمال من افراده، الى آخره .

نعم، عن النافع التردد في الثبوت بالواحد مع اليمين، وفى الجواهر انه في غير محله .

و كيف كان ، فيدل على قبول الشاهد الواحد مع اليمين جملة من الروايات :

مثل مارواه منصور بن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق.[1]

وعن حماد بن عيسى قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام، يقول : حدثني ابي عليه السلام، ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين.[2]

وفي رواية عبد الرحمان بن الحجاج، قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين؟ فقال: قضى به رسول

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٩٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٢ وذيل ح ٣٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٩٤ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ٧ .

الله صلى الله عليه وآله وسلم، وقضى به علي عليه السلام عندكم[(١)] ـ الحديث.

وعن العباس بن هلال، عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال: ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له ابو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم[(٢)] ـ الحديث. الى غيرها من الروايات، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في [كتاب الشهادات].

كما انه يدل على قبول الشاهد مع المرأتين جملة من الروايات:

مثل مارواه الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام انه سأل عن شهادة النساء في النكاح؟ فقال: تجوز اذا كان معهن رجل، وكان علي عليه السلام، يقول: لا اجيزها في الطلاق، قلت: يجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال عليه السلام: نعم[(٣)] ـ الحديث.

وفي تفسير العسكري عليه السلام، عن امير المؤمنين عليه السلام، في قوله تعالى: «ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى»[(٤)] قال: اذا ضلت احداهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت احداهما الاخرى بها فاستقاما في اداء الشهادة عند الله شهادة امرأتين بشهادة رجل[(٥)]. الى غير ذلك، مما ذكرناه في [كتاب الشهادات].

---

(١) الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٤ الباب ١٤ من أبواب كفية الحكم ح ٦.
(٢) الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٦ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١٣.
(٣) الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٨ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
(٤) البقرة: آية/٢٨٢.
(٥) الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٨ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٥..

واما شهادة المرأة الواحدة والثنتين والثلاث كما تقدم ، فيدل عليه جملة من الروايات:

مثل مارواه المشايخ الثلاثة، عن ربعى، عن ابى عبد الله عليه السلام، فى شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل ؟ فقال عليه السلام : يجاز ربع ماأوصى بحساب شهادتها.(١)

ومارواه الكافى والتهذيب، عن ابان، عن ابى عبدالله عليه السلام، انه قال: فى وصية لم يشهدها الا امرأة فأجاز شهادتها فى الربع من الوصية بحساب شهادتها.(٢)

وعن محمد بن قيس، عن ابى جعفر عليه السلام، قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام ، فى وصية لم يشهدها الا امرأة ان تجوز شهادة المرأة فى ربع الوصية اذا كانت مسلمة غير مريبة فى دينها .(٣)

والمفهوم من هذه الروايات ان بالمرأتين يثبت النصف، و يؤيده ما دل على ان المرأتين حالهما حال رجل واحد كما تقدم هنا، وفى [كتاب الشهادات] ويفهم منهما حال شهادة ثلاث وأربع ، ولذا لم يختلف المشهور فى ذلك ، و يؤيده كون الحكم كذلك فى الميراث

ففي رواية ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، يقول : تجوز شهادة القابلة في المولود اذا استهل وصاح في الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فان كانت امرأتين؟ قال : تجوز شهادتهما في

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٦١ الباب من أبواب الوصايا ح ١٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣ .

النصف من الميراث[١].

وفي رواية اخرى: ان كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، وان كن ثلاث نسوة جازت شهادتهن في ثلاثة أرباع الميراث ، وان كن أربعاً جازت شهادتهن في الميراث كله[٢]. الى غير ذلك .

ولايعارض ذلك جملة من الروايات المخالفة لاعراض المشهور عنها مما يوجب حملها على بعض المحامل .

مثل مارواه عبد الرحمان ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ،عن المرأة يحضرها الموت ، وليس عندها الا امرأة تجوز شهادتها ؟ قال : تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس، وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل[٣].

وقد حملها الشيخ على عدم جواز شهادتها في الكل ،كما ان الوسائل حملها على ارادته عليه السلام القبول ، حيث تقبل فيما هو اعظم كالعذرة والمنفوس والحدود، واحتمل الحمل على التقية .

وعن عبدالله بن سنان، قال: سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها الا امرأة أتجوز شهادتها؟ فقال: لاتجوز شهادتها الا في المنفوس والعذرة[٤].

وقد حمله الشيخ على الوجه السابق والوسائل على امكان حمله على الاستفهام الانكاري، أو على ماسوى الوصية .

ومارواه الهمداني، قال :كتب أحمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٦٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٤٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٦٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٤٨ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٧ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٧ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٧ .

امرأة شهدت على وصية رجل ولم يشهدها غيرها ، وفي الورثة من يصدقها ومنهم من يتهمها؟ فكتب عليه السلام: لا، الاان يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب ان تنفذ شهادتها[(١)].

وقد حملها الشيخ على ماتقدم، والوسائل احتمل الحمل على عدم كونها مرضية بقرينة التهمة .

وفي الجواهر: انها قاصرة عن المقاومة لتلك من وجوه، فلابأس بطرحها أوحملها ، والظاهر ان ذلك في مقام الشهادة لاالادعاء ، وان دل على القبول في الادعاء ماررواه الحلبي، قال: سأل أبوعبدالله عليه السلام، عن امرأة ادعت انه أوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بينة ؟ قال عليه السلام : تصدق في ربع ماادعت[(٢)]. الاانذلكمحمول على الاطمينانبقولها، أوارادةالوارث عدمحرمانها ـ لان ذلك أفضل من الطرح ـ .

لكن فيالوسائل يمكن حملالدعوى هنا علىالشهادة للغير، ويكوناللام في [لها] بمعنى [الى] يعني أوصىاليها بالثلث لتدفعه الىغيرها، فيكوندعوى لنفسهاوشهادة لغيرها، ويحتمل الحمل علىالاستحباب بالنسبة الىالوارث .

ثم الظاهر قبول الشهادة ربعاً ونصفاً وثلاثة ارباع حتى في ان تشهد انها وصت بوقف دارها، أووصت باعطائها منباب نذرها، أوماأشبه ذلكلالاطلاق أوالمناط، ولايبعد قبول شهادة الرجل الواحد في النصف ، حيث دل الدليل المتقدم علىانه بمنزلة امرأتين، وعن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهماالثبوت

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٨٨ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٥ .

به، ولكن في الجواهرعدم ثبوت الربع به، فضلا عن النصف لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن ادراكها ، وفيه : ان الكلام في الظهور لدي القاء الكلام الى العرف .

ومن ذلك يظهر، قبول شهادة الخنثى المشكل في الربع، وان اشكل فيه الجواهرلاحتمال رجوليته، نعم قال: واما الخنثيان فيثبت الربع فقط والثلاثة ثلاثة ارباع والاربعة تمام المشهود عليه .

اقول : وذلك لان الخنثين اما كلاهما الرجل فيثبت الكل [فالربع ثابت قطعاً] أو كلاهماامرأة اواحدبهما امرأة، وفي كل حال يثبت الربع، وفي الثلاثة ان كان الكل رجلا ثبت الكل [وفيه ثلاثة ارباع] وان كان اثنان رجلا ثبت الكل، وان كان واحد رجلا ، فرجل وامرئتان ، يثبت الكل، وان كانت الثلاثة امرأة ثبت ثلاثة ارباع ، لكن يرد عليه انه لو كان طبيعة ثالثة لم يشمله لادليل الرجل، ولادليل المرأة فكلامه مبني على انه احدي الطبيعتين، وفي المسالك جعل الخنثى كالمرأة .

والظاهرانه لاحاجة الى يمين الواحدة والاكثرلاطلاق النص والفتوى ، كمااعترف به الجواهر، خلافاً للتذكرة حيث قال بالاحتياج ،كما في شهادة الرجل الواحد .

وفيه : انه خلاف الادلة والتنظير بالرجل مع انه مع الفارق، حيث يثبت بالواحد واليمين الكل لاالبعض، أشبه بالقياس، وهل يشترط فيقبول شهادتهن فقد الرجال كماعن الشيخ وابن ادريس والاسكافي وكأنه للانصراف وانهالقدر المتيقن املا ؟ كماذهب اليه غيرواحد للاطلاق، ولاوجه للانصراف ولااجمال

حتى يتمسك بالقدر المتيقن احتمالان ، وان كان الثاني اظهر ، كما اختاره الجواهر .

وعليه فاذا كان هناك رجل وامرأة ولم يشهد الا المرأة، وان كان تقبل شهادة الرجل لو شهد، رتب الحكم المذكور عليها .

ثم انه لا اشكال في اشتراط العدالة لاطلاق ادلتها وبعض الايمآت في المقام كما تقدم، وبذلك افتى الجواهر وغيره .

والظاهر قبول شهادة الذمية فيما يقبل فيه شهادة ذكورهم ، لانه مقتضى الجمع بين ادلة المقام وادلة قبول شهادتهم كما تقدم، وان نفاه الجواهر اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقن وهو ذكور اهل الذمة ولو مع فقد ذكورهم وذكور المسلمين ونسائهم .

قال في المسالك: والمرأة الواحدة لو علمت بالحال فاضعفت المال حتى صار ربعه قدر الموصى به قبل ظاهراً ، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك الكذب .

اقول : وقد يقال : باباحة مثل هذا الكذب ، لان المحرم ما كان في فساد ، لا في صلاح .

قال داود بن حصين، سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول: اذا شهدت على شهادة فأردت ان تقيمها فغيرها كيف شئت ورتبها وصححها بما استطعت حتى يصح الشيء لصاحب الحق بعد ان لا تكون تشهد الا بحقه ولا تزيد في نفس الحق ما ليس بحق ، فانما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق و بالشاهد يوجب الحق وبالشاهد يعطى ، وان للشاهد في اقامة الشهادة بتصحيحها بكل ما يجد اليه السبيل من زيادة الالفاظ والمعاني والتفسير في الشهادة بانه يثبت الحق

ويصححه ، ولايؤخذ به زيادة على الحق، مثل اجر الصائم القائم المجاهدبسيفه في سبيل الله[١].

ورواه ابن ادريس في آخر السرائر ـ كما في الوسائل[٢] ـ الى غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل في باب جواز تصحيح الشهادة بكل وجه يجيزها القاضي اذا كان حقاً .

أمار وايات حرمة شهادة الزور فانها منصرفة الى ماتوجب ابطال الحق .

مثل مارواه هشام بن سالم، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار[٣].

وعن صالح بن ميثم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، قال : مامن رجل يشهد شهادة زورعلى مال رجل مسلم ليقطعه الا كتب الله له مكانه صكاً الى النار[٤]. فراجع باب تحريم شهادة الزور في الوسائل وغيره .

بل ربمايعدذلك من التسبيب الى اباحة الفرج الحرام، مثلا: اوصى عندها بأربع من امائه لزيد، فاذاشهدت بذلك تصرف في ثلاث منها الورثة، ويقول : المطلع على ذلك انت المسببة لاباحة تلك الفروج، والله سبحانه العالم .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٠ الباب ٤ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٠ الباب ٤ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٢٦ الباب ٩ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٢٦ الباب ٩ من أبواب الشهادات ح ٢ .

(مسألة ـ ٢٤ ـ) هل يثبت بشهادة الواحدة والاثنتين والثلاث الولاية ؟ المشهور ذهبوا الى العدم مطلقاً ، للاصل السالم عما يدل على القبول، قال عليه السلام : والاشياء كلها على ذلك حتى تستبين او تقوم به البينة . لكن في الجواهر قد يناقش بأنها قد تتضمن المال ، كما اذا اراد الوصى اخذ الاجرة والاكل بالمعروف بشرطه ، وبأن الولاية وان لم تكن مالا ، لكنها متعلقة به كبيعه واجارته واعارته ، ونحو ذلك ومن ذلك يتجه القول بالقبول لعموم ما دل على قبول خبر العدل الشامل للذكر والانثى ولو بقاعدة الاشتراك .

أقول : قوله لعموم ترقي عن الدليل الاول ، وكأنه أراد وجود الدليل الخاص والعام ،وماذكره هومقتضى القاعدة، ولعل ادعاء المسالك عدم الخلاف في عدم القبول ناظر الى ماليس فيه مال ، بل مجرد الولاية .

وكيف كان ، فقد ذكرنا في [كتاب الشهادات] انه لوكانت الوصية بالمال فلم يمكن انفاذها بالربع أو النصف أوثلاثة الارباع ، كما لوأوصى بأن توقف داره أويعطى لزيد مائه ليحج عنه أوما أشبه ، حيث ان ربع الدار ليست قابلة للوقف وربع المأة ليس قابلا لاجرة الحج ، حيث ان اللازم صرفه في المشابه كاشتراء مكان آخر لوقفه مسجداً بربع ثمن تلك الدار، أوالاقرب ، مثل الحج الميقاتي عنه اذا كفى الربع له أوصرفه في وجوه الخير .

ويدل على ذلك بالاضافة الى ارتكاز الموصي بعض الروايات :

مثل ماعن علي بن مزيد صاحب السابري قال : أوصى الي رجل بتركته وأمرني ان أحج بها عنه فنظرت فيذلك ، فاذا هوشيء يسيرلايكون للحج[الى ان قال:] فسألت أباعبدالله عليه‌السلام ، فقال لي : ماصنعت بها ؟ قلت : تصدقت بها ، قال : ضمنت أولايكون يبلغ ان يحج به من مكة فان كان لايبلغ انيحج

به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ ان يحج به من مكة فانت ضامن.[١]

ثم ان مما تقدم يعلم قبول شهادة العدل الواحد مع اليمين في الوصية بالمال أو الولاية المستلزمة له ، لاطلاق أدلته ، وحيث قد فصلنا الكلام في ذلك في باب الشهادات لم يكن داع لتكراره .

وقد قال الجواهر عند قول الشرائع : [هل تقبل شهادة الواحد مع اليمين فيه تردد اظهره المنع] عند المصنف خاصة في الكتاب خاصة ، وفي المسالك قد قطع الاصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسألة ، وعن الرياض ان النصوص متفقة الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق المالية .

أقول : لكن بعض النصوص مطلقة ، كما تقدم بعضها في المسألة السابقة .

ثم ان مما تقدم يظهر ، حال ما اذا كان المال ، أو الولاية المستلزمة للمال، جزءاً من الوصية معيناً أو مردداً، ففي المعين يثبت ربع المال باحداهن، وهكذا دون غير المال ، وفي الثاني ان اضطرار الوارث الاخذ بالمال قبل شهادتها في ربعه ، وان اراد غير المال لم تقبل ، مثلا : قالت : انه أوصى بأن يزور الوارث عنها زيارة الامام الحسين عليه السلام ، أو يعطي ديناراً للفقير ، فانه اذا لم يقدر على زيارة الامام الحسين عليه السلام كان عليه أعطاء ربع دينار لأن حاصل الوصية انه اوصى بلزوم الدينار عند عدم زيارته للامام الحسين عليه السلام ، فتأمل .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٠ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) قال في الشرائع : ولاتقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا مايجر به نفعاً اويستفيدمنه ولاية .

وقال في المسالك : ان هذا هو المشهور بين الاصحاب لايعلم فيه مخالف الا ابن الجنيد ، فانه قال شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره ، وان كان هو المخاصم للطفل ولم يكن بينه وبين المشهود عليه مايرد شهادته عليه ، ومال اليه الفاضل المقداد في شرحه ، ولابأس بهذا القول [الى ان قال:] الاان العمل بالمشهور متعين .

وعن الرياض انه حسن ان بلغ الشهرة الاجماع ، كماهو الظاهر من الشهيد الثاني، والا فمختار الاسكافي لعله اجود لبعد التهمة من العدل ، حيث انه ليس بمالك ولم يكن اجرة على عمله في كثير من الموارد .

أقول : ويدل على قول المخالف جملة من الروايات :

مثل مارواه الشيخ ، عن الحلبي قال : سأل أبوعبدالله عليه السلام ، عن امرأة ادعت انه أوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بينة ؟ قال : تصدق في ربع مادعت.[1] وللمكاتبة المروية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميت وعليه دين، وفيها : وكتب اليه عليه السلام : أيجوز للوصي ان يشهد لوارث الميت صغيراً اوكبيراً بحق له على الميت ، اوعلى غيره وهو القابض للوارث الصغير، وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي ان يشهد بالحق ولايكتم شهادته.[2]

قال في الجواهر : وظاهر الصدوق العمل بها، وحيث ذكرنا تفصيل المسألة

---

(١) الوسائل : ج ص ٣٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٥ .

(٢) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ ص ٧٢ باب شهادة الوصي للميت وعليه ح ٢ ٣٣٦ .

فی [كتاب الشهادات] لم يكن وجه لتكراره .

ومما تقدم يعلم ، وجه قول الشرائع : ولو كان وصياً فى اخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل .

قال في الجواهر : لما فيها من اثبات حق له ، واوضحه المسالك بقوله : كما لو اوصى اليه باخراج الف درهم والتركة ظاهراً الفان فشهد الوصي على ان للميت على احد الفاً مثلا ، فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الالف المجعول وصياً فيها من الثلث ونفوذ الوصية فلا تقبل ، ولا يشترط في المنع خروج جميع ما اوصى به من الثلث بل متى كان الثلث قاصراً عن الوصية ولم يجز الوارث فشهادة الوصي بمال الميت مردودة ، وان قل ، لان زيادة المال توجب زيادة النافذ من الوصى به ، وان لم ينفذ جميعه .

اقول : وعليه فاذا قبل الوارث اعطائه الالف قبلت شهادة الوصي ، لانه سواء شهد اولم يشهد كانت له الولاية على الالف ، اما اذا لم يقبل الوارث لم تقبل شهادته ، اذ مع صحة شهادته يكون له النفوذ على الالف ، ومع عدم قبول شهادته يكون له النفوذ على ثلثي الالف ، وان قال الموصي : ان اعطى المنكر الالف اعط ثلثي الالف ، وان لم يعط اعط الالف لم تكن شهادته تجر نفعاً اليه ولذا تصح مطلقاً ، نعم اذا قبل الوارث اعطى الفاً وان لم يقبل اعطى ثلثي الالف .

(فصل

وفيه مسائل:

(مسألة ـ١ـ) المشهورقالوا بالفرق بين الوصيةالمعدومفلاتصح وبالمعدوم ـ كمااذا وصى ان يكون لزيد ثمرةبستانه التي يحملها بعدسنة ـ فتصح ، وقالوا الوصية التمليكية لاتصح للمعدوم .

اماالعهدية فتصح ولاكلام لنافي ماذكرواصحته من [بالمعدوم] و[العهدية] اذ الصحة فيهما على القاعدة، وانما الكلام في عدم الصحة في التمليكية للمعدوم فقداستدل المشهور لدلك بامور :

الاول : الاجماع المدعى ، قال في الجواهر في شرح قول الشرائع : [ويشترط فيه الوجود ، ولو كان معدوماً لم تصح الوصية له ، كما لو أوصى لميت ، أولمن ظن وجوده فبان ميتاً عند الوصية ، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة [ولمن يوجد من أولاد فلان] بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن نهج الحق والتذكرة الاجماع عليه] .

الثاني : الاصل، فان الخارج منه هوصورة وجود الموصى له ، أما غيره

فباق تحت الاصل .

الثالث : ان الملك صفة وجود لاتقوم الابالموجود ، والمعدوم ليس بموجود ، فيكون مرجع صحة الوصية للمعدوم ان يبقى الملك بلامالك .

الرابع: اذا أوصى ببستانه لولد زيد الذي سيوجد ومات الموصي لم يكن البستان للورثة ولالوالد الولد، ولايعقل انيكون المولد، لان ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له .

الخامس : ان مثل تلك الوصية لم تثبت من الشارع ، بل الثابت خلافه .

السادس : انه لافرق بين الوصية وبين الهبة والبيع وغيرهما ، فكما لا يصحان بالنسبة الى المعدوم لاتصح الوصية بالنسبة اليه ، وفي الكل مالايخفى.

اذيرد على الاول : ان الاجماع محتمل الاستناد ، بل ظاهره حيث يعللون الاجماع بتلك الادلة فانظر الجواهر وغيره بالاضافة الى ان بعضهم كجامع المقاصد وغيره أشكلوا في ذلك .

وعلى الثاني : ان الاصل لامجال له مع وجود الدليل وهو اطلاقات أدلة الوصية بدون مقيد ونحوه .

وعلى الثالث : ان الملك أمر اعتباري وهو خفيف المؤنة ، فاذا اعتبره العقلاء كان كافياً والعقلاء يعتبرون ذلك ، ولذا قال الجواهر : لو ان الشارع شرع الوصية التمليكية على هذا الوجه لم يكن بأس في تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور ، الا انه لم يثبت من الشارع ذلك فيها ، بل الثابت خلافه .

أقول: من أين ان الثابت خلافه ؟ وقد عرفت انه لادليل على الخلاف الا ماذكر والكل منظور فيه .

وعلى الرابع : ان مايقال : في الوقف المنقطع الوسط يقال : هنا ، كما

اذا وقف على ذكور ذريته من بنيه أو بناته ، وكان في زمان متوسط لابنين ثم حصلت أحدى بناته على ولد مع ان الوقف على البطون ملك ، كما قالوا ، والسر ما تقدم من خفة المؤنة في الامور الاعتبارية وانها باعتبار العقلاء فحيث اعتبروا صح والشارع لم يردع ، بل اطلاقات ادلة الوصية تشمله .

وعلى الخامس : ماعرفت .

وعلى السادس : أولا : ان الفارق بينهما العرف ، حيث يوصون للمعدوم ولا يهبون ولا يبيعون للمعدوم ، والشارع أحكامه امضائيات ، بل قال جمع بكفاية عدم الردع ، لانه لولم يرد ردع فعدم ردعه دليل قبوله .

وثانياً : انه انلم يثبت ردع الشارع في البيع والهبة وشمله الدليل لقلنا به هناك أيضاً ، والعمدة ماذكرناه أولاعلى السادس ، وعليه فلادليل على الشرط المذكور الذي ذكره المشهور .

ثم ان الابعد عن اشتراط الوجود حال موت الموصى اشتراط الوجود حال الوصية ، كما قيد الجواهر الشرائع بذلك .

قال الشرائع : ويشترط فيه الوجود ، وقيده الجواهر بقوله : حال الوصية ثم قال : انه الظاهر وان اتفق وجوده حال موت الموصي ، وانما كان أبعد ، لانه لم يعرف وجه لهذا الشرط مع وضوح انه يصح انيوصي بالثلث ، وليس عنده الان ماعنده حال الموت ، كما صرح به غير واحد ، وتقدم الكلام فيه ، ووجه الصحة شمول اطلاقات الادلة له وتعارف تبدل أموال الانسان بين حال وصيته وحال موته ، فلماذا لايصح في المقام مثل ذلك مع انهمامن وادواحد ، بل في الجواهر نفسه الاجماع بقسميه على صحة الوصية بالمعدوم عيناً ومنفعة وعلى جواز بيع الثمار ونحو ذلك مما هو تملك المعدوم ـ انتهى .

(مسألة ـ ٢ ـ) لااشكال ولاخلاف في انه تصح الوصية للاجنبي وللوارث فعلا وشأناً، سواءكان الشأن في انه لم تصل المرتبة اليه كالاخ لموجود الابن أووصلت، لكنه لايرث امانع ككونه قاتلا المورث، وكذا مثل وصية الارض المزوجة.

وفي الجواهر عند قول الشرائع: تصح الوصية للاجنبي والوارث، بلا خلاف بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، وان المحكي منهما مستفيض أومتواتر ويدل عليه بالاضافة الى الكتاب كما في الاية المأة والثمانين من سورة البقرة متواتر الروايات:

فقد سأل أبو ولاد الحناط عن الصادق عليه السلام، عن الميت يوصى للوارث بشيء؟ قال: نعم، أوقال جائزله.[1]

وعن محمدبن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الوصية الموارث؟ فقال تجوز، قال: ثم تلاهذه الاية ان تـرك خيراً الوصية للوالدين والاقربين.[2]

وعن أبي بصير المرادى، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألتـه عن الوصية للموارث؟ فقال: تجوز.[3]

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: الوصية للموارث لا بأس بها.[4]

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٢.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٣.
(٤) الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٤.

وعن محمد بن مسلم، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن الوصية للوارث؟ فقال: تجوز.(١)

وعن محمد بن قيس، قال: سألت أبا جعفر عليه‌السلام، عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض؟ فقال: نعم ،ونسائه .(٢)

وعن أبى ولاد الحناط، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن الميت يوصي للبنت بشيء؟ قال: جائز.(٣)

وعن عبد الرحمان بن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألت أبا عبد الله عليه‌السلام، عن امرأة؟ قالت: لامها ان كنت بعدي فجاريتي لك فقضى انذلك جائز، وان ماتت الابنة بعدها فهي جاريتها، (٤) الى غيرها من الروايات.

وبذلك يظهر ان بعض الروايات المنافية محمولة على مالاينافى تلك.

مثل ماروا‌ه التهذيبان، عن القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام، عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه فقال: لاتجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين.(٥)

ولذا قال الشيخ: انه محمول على ضرب من التقية، لانه مذهب جميع من خالف الشيعة والذي نذهب اليه مطابق لظاهر القرآن.(٦)

و قال في الوسائل : يحتمل حمله على عدم الجواز من أصل المال مع

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٥ .
(٢) الوسائل ؛ ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٨ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١١ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٢ .
(٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ذيل الحديث .

التهمة في الاقرار .

وعن الصدوق، انه قال: الخبر الذي روي انه لا وصية لوارث معناه انه لا وصية لوارث بأكثر من الثلث، كما لايكون لغير الوارث بأكثر من الثلث.(١)

أقول: ويؤيده مارواه تحف العقول، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انـه قال في خطبة الوداع : ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث، الخطبة.(٢)

و مما تقدم يظهر ، انه يحمل على ما لا ينـافي ماتقدم مارواه العياشي في تفسيره، عن أبي بصير ، عن أحدهما عليـهما السلام ، في قوله تعالى: «كتب عليـكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين »(٣) قال: هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي المواريث، اذ من المحتمل خصوصاً بقرينة الخطبة ان قبل آية المواريث كان الاختيار بيد الميت في جعل أي قدر لمن شاء ثم نسخ وجعل بيده الثلث فقط فلا حاجة الى حمله على التقية كما صنعه الوسائل(٤).

ثم الظاهر ان الدعائم حيث روى مارواه مما يأتي أراد انه لايكون الارث بالوصية، بل بالفريضة، لانه أراد عدم صحة الوصية بقدر الثلث للوارث زيادة على فريضته ليرد عليه اشكال الجواهر بأن صاحبه جديد التشيع ، أي ولذا لم يكن يعلم الاحكام عند الشيعة، أو ما ذكره المستدرك من انه لعله لم يطلع على

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٤ .
(٣) سورة البقرة : الآية/ ١٨٠ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٥ .

اخبارهم واتفاقهم، فانه كان في بلد شاسع عن مراكزهم الى آخر كلامه.

قال في الدعائم : عن علي وابي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام انهم قالوا: لاوصية لوارث، وهذا اجماع فيما علمناه، ولوجازت الوصية للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر مما سماه الله عزوجل له ومن أوصى لوارث فانما استقل حق الله الذي جعل له، وخالف كتابه ومن خالف كتابه لم يجز فعله .

وقد جائت رواية عن جعفر بن محمد عليهما السلام ، دخلت من أجلها الشبهة على بعض من انتحل قوله، وهي : انه سأل عن رجل أوصى لقرابته ؟ فقال : يجوز ذلك لقوله الله عز وجل : «ان ترك خيراً الوصية للوالدين و الاقربين»(١) و الذي ذكرناه عنه ، وعن آبائه الطاهرين هو اثبت و هو اجماع المسلمين

فقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: لاوصية لوارث وفرض الله عزوجل لاهل المواريث فرائضهم ، فان ثبت عن أبي عبد الله عليه السلام ماذكرناه آخراً فانما عني بالوالدين والاقربين غير الوارثين كالقرابة الذين لا يرثون يحجبهم من هو دونهم وكالوالدين المملوكين والمشركين، الى آخر كلامه، الظاهر في انه أراد ان الوصية لاتكون فى قبال الفرائض، فكأنه جعل تلك الاية وصية لغير من يرث، وان كان الاظهر حملها على من يرث فالوصية للزيادة عن الفريضة من الثلث.(٢)

---

(١) سورة البقرة : الآية/١٨٠ .

(٢) الدعائم : ج ٣ ص ٣٥٩ ح ١٣٠٦ والمستدرك : ج ٢ ص ٥٢١ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٣ .

وكيف كان، فقد اختلفوا في انه هل تصح الوصية للكافر الى أقوال:

الاول: الجواز مطلقاً ذمياً أوحربياً.

والثاني: عدم الجواز مطلقاً.

والثالث: الجواز في الذمي دون الحربي

والرابع: الجواز في ذوي الارحام دون غيرهم ، والاقرب الاول، اذا لم يكن محذور خارجي.

قال في الشرائع : وتصح الوصية للذمي ولو كان اجنبياً و قيل لا يجوز مطلقاً ومنهم من خص الجواز بذوي الارحام والاول أشبه وفي الوصيةللحربي تردد وخلاف أظهره المنع.

وقال في القواعد: والاقرب صحة الوصية للذمي وانكان أجنبياًوالبطلان للحربي.

وكيف كان، فيدل على ماذكرناه من الاطلاق، وقد ذهب الى ذلكاطلاق السرائر والجامع وصريح غاية المراد والمسالك، ونفى عنه البعد في الكفاية ـ كما في مفتاح الكرامة ـ بل عن مجمع البيان دعوى الاجماع على جواز ان يبرء الرجلمن يشاءمن أهل الحرب قرابةكان اوغير قرابة وانما الخلاف في جواز اعطائهم الزكاة و الفطرة والكفارات فلم يجوزه أصحابنا ، وفيه خلاف بين الفقهاء ـ انتهى .

اطلاق أدلة الوصية من الايات والروايات، ومادل على انفاذ الوصيةولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً ـ بضميمة اطلاقها الشامل للرحم و غيرها وللذمي والحربي منهم ـ .

ففي صحيح محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله قال: اعطه لمن أوصى له به وان كان يهودياً أونصرانياً ان الله عزوجل يقول: «فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»[1] [2] و رواه آخرون كما لايخفى على من راجع الوسائل والمستدرك .

وروى الكليني [ره] عن الريان بن شبيب قال : أوصت ماردة لقوم نصارى بوصية، فقال أصحابنا : أقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عليه‌السلام فقلت: ان اختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت ان أصرف ذلك لقوم من أصحابنا مسلمين؟ فقال عليه‌السلام: امض الوصية على ماأوصت به، قال الله تعالى: «فأنما اثمه على الذين يبدلونه».[3]

وفي الفقيه والتهذيب، عن أبي خديجة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال لايرث الكافر المسلم، وللمسلم ان يرث الكافر الا ان يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء.[4]

وفي الوسائل، عن الحسين بن سعيد، عن الصادق عليه السلام، قال: لو ان رجلا أوصى الي ان اضع في يهودي أونصراني لوضعت فيهم ان الله يقول «فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه».[5]

وعن دعائم الاسلام، عن علي والباقر والصادق عليهم السلام، انهم قالوا

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٧ الباب ٢٥ من أبواب الوصايا ح ٥ .
(٢) سورة البقرة : آية/١٨١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٥ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٧ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٦

من أوصى بوصية نفذت من ثلثه، وان اوصى بها ليهودى أونصرانى أو فيما أوصى به فانها يجعل فيه، لقول الله عزوجل: «فمن بدله»[١] ـ الاية.

ويؤيد ذلك الوقف لهم، ومادل على ان علياً عليه السلام ، اعطى الماء لمعاوية وأصحابه وهم محاربون له والحسين عليه السلام أعطى الماء للمحاربين له.

وفى بعض التواريخ ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ارسل بعض ذهب استفاده من خيبر الى كفار مكة المحاربين له، الى غير ذلك . بل ومادل على الخيرات للكافر الميت وجواز الهبة له وضيافته ،كماكان ابراهيم عليه السلام يضيف الكفار ، بل والعفو عنه كما عفى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أهل مكه و غيرهم من الكفار الى غير ذلك من المؤيدات القوية و الضعيفة.

أما من قال: بأنه لايجوز بالنسبة الى المحارب وهم المشهور ، بل عن المبسوط انه لا تصح عندنا ـ خلافاً لمن قال بالصحة مطلقاً على ماتقدم ، أو بالصحة اذاكان ذا رحم كما عن ظاهر المقنعة والمراسم والنهاية والمبسوط في موضع منه والوسيلة بل في الغنية لاخلاف في جوازها للكافر اذا كان ذا رحم ـ كما فى مفتاح الكرامة ـ .

فقد استدلوا بقوله تعالى: «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولوكانوا آبائهم أو أبنائهم»[٢] وقوله سبحانه: «انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم ان تتولهم»[٣] .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣١ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٢) سورة المجادلة : آية/٢٢ .

(٣) سورة الممتحنة : آية/٩ .

وبأن الحربي غير قابل للملك، وبانه ومامعه ملك المسلم، وبأنه لو صحت وجب تنفيـذها وهو مناف لما دل على أخذ المال من الحربي ، وبجملة من الروايات :

مثل مارواه احمد بن هلال، عن ابي الحسن عليه‌السلام يسأله عن يهودى مات واوصى لديانهم ؟ فكتب : أوصله الي وعرفني لانفذه فيما ينبغي ان شاء الله.[1]

وعن محمد بن محمد قال: كتب علي بن بلال الى ابى الحسن على بن محمد عليه‌السلام: يهودى مات واوصى لديانه بشيء اقدر على اخذه هل يجوز ان آخذه فادفعه الى مواليك ، او انفذه فيما اوصى به اليـهودى ؟ فكتب عليه السلام اوصله الي وعرفنيه لانفذه فيما ينبغي، انشاء الله.[2]

وماروواه علي بن ابراهيم، عن الصادق عليه‌السلام، فى تفسير: «فمن خاف من موص جنفاً او اثماً»[3] فالجنف الميل الى بعض ورثتـك دون بعض، والاثم ان تأمر بعمارة بيوت النيران واتخاذ المسكر فيحل للموصى ان لا يعمل بشيء من ذلك.[4]

بضميمة ان الكافر الحربي يصرف الموصى به الى أمثال ذلك ، وبأنه من الاعانة على الاثم وتقوية الباطل، وبأنه يشتري به السلاح ويحرم بيع السلاح

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٣ .

(٣) البقرة : آية/١٨٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٠ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٤ .

للمحارب، بضميمة انه لافرق بين الامرين ، الى غيرذلك من المؤيدات، وفي الكل مالايخفى .

أما الاول : فلان الموادة والبرتختلف باختلاف الاغراض فهل كان عمل الرسول وعلي والحسين عليهم السلام مودة بالنسبة الى أهل مكة وصفين والكوفة؟ وهل كان توصية علي عليه السلام بالترفيه على ابن ملجم مودة ؟ الى غير ذلك .

ولذا ناقش في ذلك الجواهر بقوله: لان الاغراض الداعية الى ذلك كثيرة فانه يمكن ان يكون مكافاتاً وتأليفاً لهم، وغير ذلك مما لايندرج سببه في الايتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك من حيث المحادة لله والقتال للمسلمين وعدم الرغبة في الدين لامن غيرهذه الحيثية ـ انتهى .

نعم اذا كان في الوصية عنوان الموالاة ونحوها لم يجز، فالدليل أخص من المدعى .

وأما الثاني: فانه لادليل على ان الحربي غيرقابل للملك، فان اطلاقات الأدلة تشمله .

وأما الثالث: فبأنه لادليل على انه ملك للمسلم لاشرعاً ولاعقلا ، فان الملك اعتبار عقلائي لم يرفعه الشارع في الحربي الافيما اذا أخذ ماله في حالة الحرب، والافاذا باع حربي داره لاخر وجاءا الى قاضي المسلمين أفلا يحكم بأن الدار للمشتري والثمن للبائع ؟ وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب القضاء] .

وأما الرابع: فلما ظهر مما تقدم من ان أخذ ماله عند الاستيلاء عليه لاينافي ملكه قبل ذلك ، ولذا قال في الجواهر: لامنافاة بين صيرورة المال له بحسب الوصية، وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك ـ انتهى .

مثلا : ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يأخذ اموالهم عند فتح مكة، فهل كان معنى ذلك انهم لم يكونوا يملكونها ؟

وأما الخامس: فبان الروايتين الاوليين لادلالة فيهما على ذلك، بل ظاهرهما ان الامام عليه السلام أراد تنفيذ الوصية ،كيف وظاهرهما ان اليهودى الموصي كان في ذمة الاسلام، ومن المعلوم انه محترم المال مع انه يحتمل ان يكون أمر الامام باعتبار ان الجزية التي كان يأخذها الوالي كانت باطلة وأراد الامام ذلك باعتبار الجزية أوما أشبه ذلك، فلادلالة لهما على المقام بوجه .

ولذا قال الشيخ : لايمتنع ان يكون تولى تفرقة ذلك ، لانه عليه السلام أعلم بكيفية القسمة فيهم ، وأما عمارة بيوت النيران فلاربط لها بالمقام .

وأما السادس : فلان ماذكر أشبه بالاستحسان ، والالجرى مثله في سائر المعاملات معهم ولا أظن ان يلتزم بذلك أحد ، ولذا قال الجواهر اخيراً : ومما عرفت يظهر لك قوة القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره وانما دل في القريب أيضاً اطلاق أدلة صلة الرحم الواردة في الكتاب والسنة .

(مسألة ـ ٣ ـ) اذا اوصى الانسان لجماعة من غير ذكر تفاضل ولاقرينةعليه كان لهم بالسوية ، اذ لاوجه للترجيح ،كما اذا قال: اعطوا هذه الدنانير لاهل محلتي، أو لاهل مدرسة كذا أو ما اشبه .

نعم، ان فهم منه انهاراد الوصول اليهم مع قطع النظرعن التسوية ام لا ؟ كما هو الغالب في من يوصي لطلاب العلوم الدينية في بلد كذا ، كان مقتضى القاعدة الوصول اليهم في الجملة ولو بعضهم ، او بالاختلاف ، ولذا جرت سيرة الفقهاء في المشهدين جعل المال في الوصايا والاوقاف جزء مشاهراتهم او اعطائه بعض الطلاب دون بعض ، او بالاختلاف حسب المجرد والمعيل والراقي فيدراسته وغيره.

قال في الجواهرمازجاً مع الشرائع: واطلاق الوصية لجماعة محصورة يقتضي التسوية مابينهم ، من غير فرق بين القريب والبعيد والذكر والانثى والفاضل في الارث وغيره بلاخلاف ولااشكال للتساوي في سبب الملك ـ انتهى .

والظاهر انالوصية والوقف لطلاب العلوم الدينية لايشمل للطالبات الااذا كان اطلاق او ارتكاز ، حيث تتداول الطالبات في امثال قم المقدسة في الحال الحاضر، وذلك للانصراف الى الطالب الذكر.

والحاصل : ان الامر يرجع الى الارتكار المتفاهم عرفاً ، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة بالنسبة الى اعطاء غرف المدارس الدينية للطالبات في [كتاب احياء الموات] .

قال في الجواهر: نعم، لولمتكن الجماعة محصورة كان المرادمنالوصية الصرف فيهم ،كما في كل موصى له غير محصور، بل لوكان بلفظ الجمع لم

يجب ملاحظة اقل مصداقه فى الامتثال ، وان كان هو احوط .

اقول: ذلك للارتكاز والجمع قديستعمل فى الجنس كما فى العكس،مثلا يقال: الفقهاء افتونى بكذا يريدبه جنسهم ،كمااذا قال: الاطباء منعونى عن اكل كذا، حيث يريد جنسهم، وقديقول: من حمل علماً كان كمن جاهد يريدجميعهم وان اتى بلفظ الجنس أوشبهه، ولوشك فى أرادة الموصى العدد من الجمع أو الجنس كان الاصل عدم خصوصية العدد اذا لم يكن ظهور ووصلت النوبة الى الاصل، لان الاصل عدم وجوب اعطاء الزائد عن اقل ماصدق عليه متعلق الوصية فلا يقال: للعددعقدان ايجابى وسلبى، ولذا يكون له المفهوم ، ومثل الكلام فى متعلق الوصية متعلق متعلقها ،كما اذا قال : اطعموا الفقراء ليالى رمضان ، فان حال [ليالى] حال [الفقراء] فيما ذكر، وكذا متعلق متعلق المتعلق ،كما اذا قال : ساعات ليالى رمضان .

قال فى الشرائع : فاذا أوصى لاولاده وهم ذكور واناث فهم فيـه سواء ، وكذا لاخواله وخالاته اولاعمامه وعماته، وكذا لو اوصى لاخواله واعمامه كانوا سواء على الاصح ـ انتهى .

وذلك لانه لاوجه للترجيح بعد اشتمال اللفظ لهم على حد سواء بل عن التذكرة الاجماع على ذلك، وان كان المحكى عن الشيخ وجماعة انه يقسم بينهم كالارث، ولعله للانصراف .

ولصحيحة زرارة ، عن الباقر عليه السلام فى رجل اوصى بثلث ماله فى اعمامه واخواله؟ فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث .

وقد رمى هذه الرواية الشرائع والمسالك وغيرهما بانها مهجورة ، وان كانت تؤيد برواية اخرى ايضاً وهى رواية المشايخ الثلاثة عن سهل، وان رميت

بالضعف في المسالك والجواهروغيرهما، وان كان الظاهرانها حجة في نفسها قال ؟كتبت اليه رجل له ولد ذكور واناث فأقرلهم بضيعة انهالولده ولم يذكر انها بينهم على سهام الله وفرائضه الذكروالانثى فيه سواء ؟ فوقع عليه السلام : ينفذون فيها وصية ابيهم على ماسمي ، فان لم يكن سمى شيئاً ردوها الى كتاب الله وسنة نبيه.

وهاتان الروايتان محمولتان على انصراف الوصية الى ذلك، حيث ان كثيراً من الموصين يريدون ذلك ، ويؤيده الروايات الاخر:

مثل مارواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن الحسن الصفار، انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام ، رجل أوصى بثلث مالـه في مواليه ومولياته الذكروالانثى فيه سواء أوللذكر مثل حظ الانثيين من الوصية؟ فوقع عليه السلام، جائز للميت ماأوصى به على ماأوصى ، انشاء الله.[1]

حيث ان الامـام عليه السلام أحاله الى قصـد الموصي ، لا الى تشريع خاص .

ومثلها ماروه الكافي والشيخ، عن سهل بن زياد قال :كتبت الى أبي محمد عليه السلام: رجل كان له ابنان فمات أحدهما وله ولد ذكور واناث، فأوصى لهم جدهم بسهم أبيهم ، فهـذا السهم الذكر والانثى فيـه سواء ، أم للذكر مثل حظ الانثيين ؟ فوقع عليه السلام ، ينفذون وصية جدهم كما أمر ، انشاء الله تعالى.[2]

وجه الدلالة ماذكرناه في الرواية المتقدمة، نعم لااشكال فيما لوأوصى لمن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٣ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٥ الباب ٦٤ من أبواب الوصايا ح ١ .

يتساوى ذكوره واناثه في الارث فيما لم يذكر ولم يكن انصراف الى التفاوت، والاعمل حسب الذكر أو الارتكار .

قال في الشرائع: واذا أوصى لذوي قرابته كان المعروفين بنسبه مصيراً الى العرف .

أقول: وذلك لانه المنصرف من ارتكاز الموصي بهذا اللفظ، ولما رواه الشيخ بسنده الى أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام: رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه وامه، ماحد القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة أولها حد ينتهي اليه قرابته فدتك نفسي ؟ فكتب عليه السلام : ان لم يسم اعطاها قرابته[1]. وكذا رواية الحميري[2]، الى انه قال: اعطى أهل قرابته .

قال في الجواهر: من غير فرق بين الوارث وغيره والمسلم والكافر والذكر والانثى والفقير والغنى ، كما لافرق في انصراف الوصية الى الموجود منهم ، سواء اتحد أو تعدد، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الافراد .

أقول: وكذا الخنثى ، كل ذلك للاطلاق ، وقوله سبحانه: « انه ليس من اهلك » لايدل على قطع قرابة الكافر ، كما ان الظاهر دخول ولد الزنا ـ فضلا عن ولد شبهته ـ اذ القرابة موجودة، ولذا لاينكح ولاينكح ومحرم، وغير ذلك الا الارث الذي دل عليه دليل خاص .

قال في القواعد: ولو أوصى بقرابته فهو للمعروفين بنسبه، ذكراً كان أو انثى

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

صغيراً كان أو كبيراً، غنياً كان أو فقيراً ، من قبل أب انتسب اليه او من قبل ام ، بعيداً كان أو قريباً بالسوية .

وزاد فى مفتاح الكرامة تبعاً للتذكرة ؟ المسلم والكافر منهم ، قال : كما ذكروه فى الوصية الى الفقراء، وذلك لاطلاق الادلة، وقدنقله عن صريح كلام جماعة واقتضاء كلام آخرين، لكن عن الشيخ ان الموصى به يكون لمن يتقرب الى اخراب وام له فى الاسلام .

قال فى القواعد : ومعناه الارتقاء الى أبعد جد فى الاسلام والى فروعه ، ولا يرتقى الى آباء الشرك، ولا يعطى الكافر، واستدل لذلك بقوله تعالى: « انه ليس من أهلك »[1] بتقريب انه اذا لم يكن من أهله لم يكن المنتسب اليه من القرابة، فحاله حال ولد الزنا، حيث اذا انقطع نسبه انقطعت قرابته .

وبما رواه المسالك، عن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم قال : قطع الاسلام ارحام الجاهلية ،[2] حيث انه حكم بلسان الموضوع، فاذا كان الجاهل مقطوع الرحم كان من ينتسب اليه كذلك بملازمة، ويرد على الدلالة فيهما انهما لايدلان على قطع رحم المنتسب، وان دلا على قطع رحم الكافر الظاهر في انه لايرث ولاولاية بينهما .

و لذا قال في الجواهر : ضرورة كون المدار هنا على صدق اللفظ ، ولاريب فيه لغة وعرفاً على المعروفين بنسبه ، وان كانوا كفاراً ـ انتهى .

بل قد عرفت انه يشمل الكافر ، اذ اللفظ شامل، و الوصية صحيحة ، فلا وجه للعدم وقطع الرحم فى الارث لاينافي أحد الامرين، بل يشمل الحربي و

---

(١) هود : آية/٤٦ .

(٢) مسالك الافهام .

المرتد منهم أيضـاً ، وقد تقدم الكلام في ذلك ، وهل يشمل ولد الزنا؟ لايبعد ذلك، اذا لم يكن انصراف لكلامه ، لما تقدم من انه قريب أيضاً ، وانما قطع الشرع بعض احكامه عنه، وكذلك من كان بسببه قريباً ، ولو كان القريب في اصطلاحه اشخاصاً خاصين شملهم فقط ،كما ان الزوجةوالزوج ليسا داخلين فيه بلا اشكال .

ثم انه قد تقدم عن العلامة استواء كلهمفي ما يعطي لهم، وذلك على القاعدة حيث لاترجيح ولاقرينة على الخلاف ، و عليه فلا فرق بين من له جهتا قرابة أو أكثر أو أقـل للاطلاق ، كمـا لافرق بين الاقـرب و الاوسط و الا بعد لذلك أيضاً ، ولو شك في ان أيهما قريب له قسم بينهما بالعدل ، لقاعدته بعد الفحص واليأس ولو شك في انه هل نفاه أ ملا؟ كان الاصل عدم نفيه .

ثم انه يحكى عنالاسكافي انه قال: اني لااختار انيتجاوزبالنفرقة ولدالاب الرابع، لان رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم لم يتجاوزه في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس.

وفيـه نظر ، اذ عمله صلى الله عليـه وآله و سلم لايدل على النفى ، بل ظاهر ما دل الى ان الرحيمالى أربعين خلافه، وان كنا لا نقول بذلك أيضاً لان تلك الرواية أشبه بالاحتياط .

ولذا لايقول الفقهاء بذلك ، بل بقدر الصدق العرفي الذي يختلف زماناً ومكاناً ، فان الموضوع حيث لم يحدد يؤخذ به حسب العرف .

ومما تقدم ظهر ضعف قول من قالباختصاص القرابةبالوارث،أوبالمحرم من ذوي الارحام ، مع انهما مجهول القائل كما في الجواهر،الا ان فيمفتاح الكرامة نسبة الثاني الى أبي حنيفة .

أما احتمال ان يكون ذوي القربى الصهر والبنت والولد، كما عن بعض كتب العامة[(١)]، واستدل لذلك بانه لما نزل قوله تعالى: «قل لاأسألكم عليه أجراً الاالمودة في القربى»[(٢)] قيل: يا رسول الله من قرابتك هؤلاء الدين أوجبت علينا مودتهم ؟ قال: علي وفاطمة وابناهما عليهم السلام.[(٣)]

ففيه : ان ذوي القربى في مورد اناس خاصون لا دلالة على اطلاق ذلك في كل مقام ، ولافرق بين الذي لايرث لمانع كالقاتل وغيره بعد اطلاق الدليل في المقام .

و لو أوصى لقرابة النبي صلى الله عليه و آله و سلم ففي القواعد فهو لاولاد عبد المطلب ولاولاد هاشم دون بني عبد شمس و بني نوفل ، والاقرب دخول بني المطلب هنا .

والظاهر انه ما ينصرف في اطلاق اللفظ لدى العرف، ولو شك أخذ بالقدر المتيقن، اذ لم يعلم شمول اللفظ ، ولا قصد الموصي، وقد سبق ان الافراد لو كانوا كثيرين لم يجب الاستيعاب ، و قد ذكر الايضاح و جامع المقاصد و مفتاح الكرامة استدلالات حول المقام، لم يظهر امكان الاستناد اليها فراجعها.

ولو أوصى لقومه ، فالظاهر من يعد قوماً ذكوراً واناثاً لا كل من يتكلم بلغته ولا الذكور منهم فقط .

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولو أوصى لقومه، قيل والقائل الشيخان وأكثر الاصحاب في المسالك و المشهور في غيرها هو الذكور من أهل لغته

---

(١) انظر : حقوق أهل البيت لابن تيمية ص ٢٥ ط بيروت .

(٢) الشورى : اية/٢٣ .

(٣) انظر : تفسير القمي : ج ٢ ص ٢٧٥ .

أو مطلقاً ذكوراً واناثاً وهو كما ترى يشهد العرف بخلافه، ولعله لذلك نسبه المصنف الى القيل ، بل عن ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته من ينطق العرف بانهم أهله وعشيرته دون من سواهم الخ، وقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيه .

قال في المسالك: وذكر [أي ابن ادريس] انه قد روى ان قوم الرجل جماعة أهل لغته من الذكور دون الاناث ، وسكت دون طلبه، وفيه نظر ، اذ لم يثبت هذه الرواية .

ولو أوصى لاخوانه شمل الابوين والمنتسب الى أحدهما لاطلاقه عليهم جميعاً، ولو أوصى لاعمامه أو عماته، أو أخواله وخالاته أو بني عمومته. وهكذا دخل العم لنفسه ولابيه و لجده ولامه ولجدته ، و هكذا للاطلاق ولا انصراف الى خصوص اعمام واخوال وما أشبه نفسه الا اذا كانت قرينة .

قال في الجواهر : مازجاً مع المتن : ولو قال لاهل بيته : دخل فيهم الاباء والاولاد ، وان نزلوا والاجداد و ان علوا قطعاً ، بل الظاهر دخول الاعمام و أولادهم ، بل عن تذكرة الفاضل تفسيره بالقرابة التي يدخل فيها الاخوال و فروعهم ـ انتهى .

أقول: لو كان عرف اتبع والاكان الاصل عدم الشمول لكل من ذكر، بل جماعة خاصة منهم يعلم بشمول اللفظ لهم .

أما من لايعلم فالاصل عدم استحقاقه ، ومن ذلك يعرف ان قوله صلى الله عليه و آله سلم: انا أهل البيت لاتحل علينا الصدقة وحصرهم في قصة الكساء بالخمسة عليهم السلام ، لايكون دليلا في المقام ، وذلك لوجود قرائن تدل على المراد منها ، فلا يكونان دليلا لما لم يكن هناك قرينة ، كما ان تساوي

القرابة مع أهل البيت لادليل عليه ، وان حكاه المسالك عن العلامة وقال هو: انه الظاهر .

ومما تقدم يعلم، ما لو أوصى لعشيرته ، حيث ان العرف محكم في ذلك، وفي الفرد المشكوك دخوله الاصل العدم، خلافاً للشرائع حيث قال : ولو قال لعشيرته كان لاقرب الناس اليه فى نسبه، اذ مع ان هذا التفسير مجهول فى نفسه لادليل عليه .

قال في المسالك: ما فسره هو أحد التفسيرين للعشيرة لغة، وقد ذهب اليه جماعة من الاصحاب .

وفي القاموس : عشيرة الرجل بنو أبيه الادنون أو قبيلته .

وفي كتب العلامة: ان العشيرة هى القرابة مطلقاً، والاجود الرجوع الى العرف ومع انتفائه فالعموم حسن ـ انتهى .

وفي الجواهر : جعل العشيرة عرفاً القبيلة، وفيه نظر، كما في جعله العموم فى المسالك مع عدم انتفاء العرف نظر أيضاً، اذ مع انتفاء العرف يجعل للمتيقن لما تقدم من اصالة عدم دخول المشكوك، ولو قال: لاقرب الناس الى، فالظاهر دخول الاخوة ، فلا يقال انه الابوان فقط أو الاولاد فقط ، أوهما لمن له كلاهما ، بدعوى ان الاخ أبعد من العمودين ، اذ المعيار العرف .

نعم ، لاينبغى الاشكال فى انه لو أراد ذلك حقيقة لم يدخل الا العمودان ولو قال لازوجاتي: دخلت المتعة لانها زوجة الا اذا كان انصراف، كما لاشك فى دخول أولادها اذا قال : لاولادي، والظاهر دخول ولد الشبهة، بل قد تقدم دخول ولد الزنا اذا لم يكن انصراف، لانه ولد حقيقة ومحرم نكاحه شرعاً، ولو قال: انه لمن يلى أمري من أقربائى كان له ، وجهالته عند الوصية لاتضر، اذ

لاغرر يشمل المقام، ولادليل آخر على خلافه، ومثله لو قال: لعـالم بلدي، أو امام مسجدي أو ما أشبه .

قال في الشرائع: ولو قال لجيرانه قيل كان لمن يلي داره الى أربعين ذراعاً من كل جانب، وفيه قول آخر مستبعد .

قال في المسالك: المستبعد هو انه لمن يلي داره بأربعين دار،ولعل استبعاده لمخالفة العرف،فانهم لايبلغون بالجار هذا المقدار[الى أن قال:] وأما مااختاره المصنف، فلم نقف على مستنده مع اشتهاره، وتبعه في ذلك الجواهر، ولعل المحقق رأى ان ذلك عرفي .

أما القول بأربعين داراً ، فهو مستند الى جملة روايات :

مثل حسنة جميل بن دراج ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : حد الجوار أربعون داراً من كل جانب[1] .

لكـن الظاهر انه نوع من الادب والاخلاق ، اذ لو حسب مربع الدور المحيطة بالدار بما يشمل زواياها بحيث تقع الدار في وسط مربع متسـاوي الاضلاع لبلغت مبلغاً كبيراً ، ولو كان له جيران من أعلى واسفل، كما في ذات الطوابق شمل كل الجهات الست بالقدر العرفي .

---

(١) الوسائل : ج ٨ ص ٤٩١ الباب من أبواب الوصايا ح ١ .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع: تصح الوصية للحمل الموجود و تستقر بانفصاله حياً ، ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية ، ولو وقع حياً ثم مات كانت الوصية لورثته .

أقول: اطلاق دليل الوصية يقتضي صحتها للحمل، سواء كان موجوداً حال الوصية ذا روح، او ليس بذي روح ، او كان موجوداً حال موت الموصى، و ان لم يكن موجوداً حال الوصية ، او لم يكن موجوداً حالهما ، كما اذا قال: اعطوا لماتحمله بنتي عشرة دنانير ، ومتى تزوجت البنت بعد موت الاب ولو بخمس سنوات وحملت بعد ذلك استحق الحمل، كل ذلك لانه عقلائي لم يردع عنه الشارع بل اطلاق ادلتها تشملها، فقول المسالك ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها لم يدل عليه الا ظاهرهم،وانه كيف يمكن الملك بلا مالك بعد ادعاء انصراف الأدلة عن مثله ، وفي الكل ما لايخفى، اذ ظاهرهم لاحجية فيه ، وقد تقدم ان الملك امر اعتباري كالعهد ، فكما يصح العهد بأن يكون متولياً لوقفه وماشبه بالنسبة الى البطن كذلك يصح بالنسبة الى الملك ، والانصراف لاوجه له

ثم ان الجواهر ادعى عدم الخلاف في صحة الوصية للحمل الموجود حال الوصية، واستدل له بالعموم، وأنت خبير بأن العموم آت في غير الموجود وانما يشترط الانفصال حياً لماتقدم من اتفاقهم على عدم صحة اجراء المعاملات ونحوها مع الطفل في الرحم ، فلايصح أن يباع له ويوهب له وماأشبه ، وان قبله الولي من قبله، ويؤيده عدم صحة ارثه اذا ولد ميتاً نصاً واجماعاً، ولولاذلك فالعرف يرون انه لابأس بذلك .

وعليه فاذا ولد حياًكان النماء المتخلل بين موت الموصى وبين ولادة الطفل له كما ذكره المسالك والجواهر، وأمااذا ولد حياً ثم مات فلااشكال ولاخلاف

في انه يكون له الموصى به ويرثه وارثه فأن لم يكن له وارث بأن كان زنا من الطرفين كان ارثه لبيت المال لانه وارث من لاوارث له .

ثم ان المسالك قال: المتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقاً فيقبله وليه ابتداءاً ووارثه هنا ، وتظهر الفائدة فيما لوردها الوارث قبل قبولـه ، فان اعتبرناه بطلت والافلا أثر المرد .

أقول : والظاهر عدم اعتبار القبول ، اذ لادليل عليه واطلاق أدلة الوصية يشملها ولو بدون القبول ، ولـذا قال الجواهر : والذي يقوى في النظر عـدم الاحتياج الى القبول في الوصية للحمل ، بل الظاهر عدم الولي له وهو حمل.

أقول : استظهاره ذلك من باب انصراف أدلة الولاية الى المولود ، وان كان ربما يستدل له بقوله : يهب لمن يشاء(١) فالموهوب له وليه ، فاذا احتاج الحمل الى شيء من التصـرف كان لوليه التصرف دون غيره ، كما اذا مرض واحتاج الى تسليط الاشعة عليه أو ما أشبه ، فانه لايحق ذلك الا للولي ، والله سبحانـه العالم .

---

(١) الشورى : آية/٤٩ .

(مسألة ـ ٥ ـ) لو أوصى المسلم للفقراء أو اطلاب العلوم الدينية أو للزوار أو للمجاهدين أو ما أشبه ذلك ، كان المنصرف منه كل ذلك من اهل ملته، فلا يعطى لهم من الكفار، مثل فقرائهم وطلاب علوم دينيهم وزوار مقابر انبيائهم والمجاهدين لاجل الدفاع عن دينهم وان أطلق كل ذلك على اولئك لغة حتى المجاهدين، ولهذا ورد في زيارة الامام الحسين عليه السلام لعن الله العصابة التى جاهدت الحسين عليه السلام ، فانه من الجهد ، وكذلك اذا أوصى للمصلين والصائمين والعاكفين ، وان كان للكفار كل هذه الالفاظ .

نعم ، لو أراد الاطلاق أطلق ، بل أو التخصيص بالكفار خصص على ما تقدم في صحة الوصية للكافر.

قال في الشرائع : ولو أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته ، ولو كان كافراً انصرفت الى فقراء نحلته ، وقرره على ذلك الجواهر وغيره .

ويدل على حكمه الثاني بالاضافة الى ما تقدم من ارتكاز الموصى ما رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة ، قال أبو طالب عبدالله بن الصلت : كتب الخليل بن هاشم الى ذي الرئاستين وهو والي نيسابور ، ان رجلا من المجوس أوصى للفقراء بشيء من ماله فأخذه قاضى نيسابور [الوالى : يه] فجعله فى فقراء المسلمين ، فكتب الخليل الى ذي الرئاستين بذلك ، فسأل المأمون [عن ذلك: يه] فقال: ليس عندي في هذا شيء ، فسأل أبا الحسن عليه السلام ؟ فقال أبو الحسن عليه السلام : ان المجوسي لم يوص لفقراء المسلمين ، ولكن ينبغي ان يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة فيرد على فقراء المجوس[1] وقريب منه رواه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٤ الباب ٣٤ من أبواب الوصايا ح ١ .

عيون الاخبار ـ كما في الوسائل[1] ـ .

ومما تقدم يظهر ، وجه صرف الوصية في الاخص من اهل الملة والنحلة فيما كانوا فرقاً مختلفة، مثل المسيحي الارثوذكس والبروتستانت حيث لا يعطى أحدهم للاخر شيئاً وكذلك بالنسبة الى فرق المسلمين ولو شك في انه أراد الكل من اهل ملته او الاعم أو خاص طريقته من أهل ملته وكان اطلاق أخذ به ولا مجال للاخذ بالقدر المتيقن لانه فيما اذا لم يكن اطلاق ولو لم نعلم هل انه كان يهودياً أو نصرانياً مع العلم بأنه يريد أهل نحلته ارتكازاً ، فقاعدة العدل تقتضي التقسيم كما تقدم غير مرة ولو صار الشك في المصداق بأن لم يعلم ان فلاناً مجوسي أم لا ؟ ـ فيما أوصى المجوسي ـ فان كان استصحاب حكم به بعد عدم وصول الفحص الى شيء ، والا كان الاصل عدم اعطائه ، لان اللازم تحقق الموضوع حتى يرتب عليه الحكم .

ثم انه اذا أوصى لعنوان كالجار والفقير وماأشبه أعطى ، ولو تجدد العنوان بعد الوصية ، بل بعد الموت لتحقق الموضوع الموجب ترتب الحكم، لا لما ذكره الجواهر مستدلا بعموم من بدله[2] لان الحكم لا يثبت الموضوع كما لا يخفى.

و لو قال : اعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه صرفه اليه يصنع به ماشاء للاطلاق، وعلله المسالك والجواهر بعد فتوى الشرائع به بأن الوصية تقتضي تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من الملاك على املاكهم .

أقول: ذلك اذا صح التسليم اليه كما هو واضح، أما مثل السفيه فيعطي

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٤ الباب ٣٤ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) البقرة : آية/١٨١ .

لوليه، قال سبحانه: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»(١) ومثله الصبي ونحوهما.

ولو قال: اعطوا فلاناً كذا ليصرفه في بناء المسجد فقبل وجب عليه صرفه في بناء المسجد اذا أخذه، أما اذا لم يقبل ، فقد تقدم انه لا دليل على جبره شرعاً ـ الا في بعض الموارد ـ لقاعدة تسلط الناس على أنفسهم(٢).

وعليه، فاذا علم من الموصى ارادة القيد بطلت الوصية والاصرف المال في المسجد من غير وساطة الذى رد الوصية، ولو أوصى بثلثه أونحوه ولم يبين الوجه صرف في وجوه البر، لانه مركوز أذهان الموصين، ولذا أفتى به الجواهر وغيره.

ولوقال: داري ثلثي، فهل تباع ويصرف ثمنها أويصرف ايجارها؟ انكان ارتكاز فبها، والا تخير الوصى بين الامرين و غيرهما مما يلائمه الاطلاق ولو أوصى في سبيل الله صرف الى كل بر يقال له : سبيل الله ، كما هو المشهور، خلافاً للشيخ، ومن تبعه حيث جعلوه للغزاة، واذا تعذر ذلك صرف في ابواب البر من معونة الفقراء والمساكين و ابن السبيل وصلة آل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، واحتجوا لذلك كما في المسالك بأن حكم الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة و حكم كلام الادميين مع اطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع .

أقول: كلتا المقدمتين ممنوعتان، كما هو ظاهر اما المشهور فقد تمسكوا لما ذكروه بالاطلاق، وببعض الروايات الخاصة.

فقد روى حسن بن راشد، قال: سألت أبا الحسن العسكري عليه السلام،

---

(١) النساء : آية/٥ .

(٢) الوسائل : ج ٣ ص ٤١٢ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ١ .

بالمدينـة ، عن رجل أوصى بمال في سبيل الله قال : سبيل الله شيعتنا[(١)] ـ ومن الواضح انه عليه‌السلام، لم يرد الانحصار، بل المصداق ـ.

وروى الحسين بن عمر، قال: قلت لابي عبد الله (ع) : ان رجلاأوصى الي بمال في السبيل؟ فقال عليه‌السلام: اصرفه في الحج ، قلت :اوصى الي في السبيل فقال (ع) اصرفه في الحج فاني لا اعلم سبيلا من سبله أفضل من الحج[(٢)].

وروي الكليني والشيخ في الكتب الثلاثة، عن حجاج الخشاب، عن أبي عبد الله عليه‌السلام، قال: سألته عن امرأة أوصت الي بمال ان يجعل في سبيل الله فقيل لها يحج به، فقالت : اجعله في سبيل الله فقالوا اها فنعطيه آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم، قالت: اجعله في سبيل الله؟ فقال أبو عبد الله عليـه السلام: اجعله في سبيل الله كما أمرت، قلت: خبرني كيف اجعله؟ قال: اجعله كما امرتك ان الله تبارك وتعالى يقول: «فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم» ارايتك لو أمرتك ان تعطيـه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً قال : فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليـه فقلت له: مثل الذي قلت أول مرة؟ فسكت هنيئة ثم قال: هاتها، قلت: من اعطيها ؟ قال عليه السلام: عيسى شلقان[(٣)].

أقول: لعله كان فقيراً أو كان يعرف كيف يصرفه، أو كان وكيل الامام عليه السلام .

وروى المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة، عن يونس بن يعقوب : ان رجلا

---

(١) الوسائل : ج ٣ ص ٤١٢ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٣ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٣ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٣ .

كان بهمدان ذكر ان أباه مات وكان لايعرف هذا الامر ، فأوصى بوصيـة عند الموت، وأوصى ان يعطى شيء في سبيل الله، فسأل عنه أبا عبدالله عليه السلام كيف نفعل، واخبرناه انه كان لايعرف هذا الامر؟ فقال: لوأن رجلا أوصى الي ان أضع في يهودي أونصراني لوضعته فيهما، ان الله تعالى يقول : «فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»[1] فانظر الى من يخرج الى هذا الامر [الوجه : خ ل] يعني بعض الثغور فابعث به اليه.[2]

وعن الرضوي عليه السلام : فان أوصى بماله في سبيل الله ولم يسم السبيل فان شاء جعله لامام المسلمين ، وان شاء جعله في حج، أوفرقه على قوم مؤمنين[3] الى غيرها من الروايات المشابهة الموجودة في مستدرك.[4]

والظاهر انه لايحتاج الوصي الى قصد القربة عند الصرف ، و ان احتاج فيما اذا حج، أو ما أشبه الى قصد القربة للاصل في الاول ولانه لايكون سبيل الله اذا حج أو نحوه بدون قصد القربة في الثاني .

قال في الشرائع : وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره .

وقال في الجواهر: بلاخلاف فيه عندنا نصاً وفتوى .

أقول: كان قيد المسالك ذلك بقوله ـ في الجملة ـ : لاخراج قرابة يحرم أو يكره شرعاً امداده بالمال، مثل الكافر المحارب ـ على المشهور في حرمة الوصية له ـ ومثل الفاسق الذي يكره شرعاً امداده .

---

(١) البقرة : آية/١٨١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٤ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ١ و ٢ و ٣ . .

وكيف كان، فيدل عليه بالاضافة الى قوله سبحانه: «ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين»[(١)] جملة من الروايات:

مثل مارواه المشايخ الثلاثة، عن ابراهيم بن عبدالحميد، عن سالمة مولاة أبي عبدالله عليه السلام، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام، حين حضرته الوفاة فاغمي عليه.

[أقول: أي ضعف لما ثبت ان الامام لايغمى عليه] فلما أفاق قال: اعطوا الحسن بن علي بن الحسين وهو الافطس سبعين ديناراً، واعطوا فلاناً كذا وكذا، وفلاناً كذا وكذا؟ فقلت: اتعطى رجلا حمل عليك بالشفرة؟ فقال عليه السلام: ويحك أما تقرئين القرآن؟ قلت: بلى، قال: أما سمعت قول الله عزوجل: «الذين يصلون ما أمر الله به ان يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب»[(٢)][(٣)].

قال الكليني [ره]: ــ كما في الوسائل ــ قال ابن محبوب في حديثه: حمل عليك بالشفرة يريد ان يقتلك؟ قال عليه السلام: تريدين ان لاأكون من الذين قال الله عزوجل: «الذين يصلون ما أمر الله به ان يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب» نعم، يا سالمة، ان الله تبارك وتعالى خلق الجنة وطيبها وطيب ريحها، و ان ريحها ليوجد من مسيرة ألفي عام، ولايجد ريحها عاق ولاقاطع رحم[(٤)].

---

(١) البقرة: آية/١٨٠.
(٢) الرعد: آية/٢١.
(٣) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ١.
(٤) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ٢.

وعن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهم السلام، قال: من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لايرثه فقد ختم عمله بمعصية.[١]

أقول: العصيان يستعمل في خلاف الامر الارشادي مثل أمره الطبيب فعصاه قال سبحانه: «وعصى آدم ربه».[٢]

وروي المشايخ الثلاثة وغيرهم، عن محمد بن مسلم، قال: سألته عن الوصية للوارث؟ فقال عليه السلام: تجوز، ثم تلا هذه الاية: «ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين»[٣] الى غيرها من الروايات المذكورة في الوسائل والمستدرك، وقد تقدم بعض الروايات المنافية مع توجيهها.

ثم انه اذا أوصى لانسان بمال فرده حق له ذلك لانه خلاف سلطنة الناس على أنفسهم بأن يدخل شيء في ملكه من دون ارادته، كما تقدم الكلام في ذلك واذا رده كان المال من نصيب الوارث، لان الوصية لم تخرجه عن ملكه حيث رد الموصى له.

ويؤيد الحكم الاول: ما رواه غوالي اللئالي[٤] عن أبي قتادة، قال: ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قدم المدينة، سأل عن البراء ابن معرور، فقيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه هلك، وقد أوصى لك بثلث ماله، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم رده الى ورثته فان ظاهره انه صلى الله عليه وآله وسلم كان له القبول والرد.

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ٣.
(٢) طه: آية/١٢١.
(٣) البقرة: آية/١٨٠.
(٤) العوالي: ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٣.

ثم ان الوصية قد لاتحتمل الا حمل اللفظ على الحقيقة ، وقد لاتتحمل الا حمل اللفظ على المجاز ، وقد يحتمل الامرين ، ففي الأولين تحمل على مالابد منه .

أمافي الثالث: فاللازم حملها على الحقيقة وذلك ، كمااذا قال: هذا لاولادي أولابوي، فيماأولاده صلبيون أوليس عنده الاغيرصلبيين كالاحفاد ، أوله ابوان فقط، أو اجداد فقط .

أما اذا كان له الاولاد، والاحفاد، والابوان ، والاجداد ، فاللازم ان تحمل على الصلبيين والابوين، اذلامناص عن الحقيقة في الاول، والمجاز في الثاني- والا لبطلت الوصية ، وذلك خلاف حمل فعل وقول المسلم بل العاقل على الصحيح- والحقيقة في الثالث لانها الظاهرمن اللفظبدون القرينة، والمفروض انه لاقرينة .

ولذا قال في القواعد : لوأوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة عرفاً ، فالاقرب صرفه الى المجاز ، والظاهر ان مراده بالاقرب التعيين ، مثل الاقوى والاحوط، لاان هناك احتمالاآخر، خلافاً للايضاح، حيث جعل الأصح بطلان الوصية لاصالةصيانة مال الغيرالى انيحصل الناقل القطعي، وهوأولى من صيانة كلامه عن اللغو ، وفيه مالايخفى .

ولو اوصى بلفظ مشترك وله احدهما ، أو احدها عين والا فقاعدة العدل أو القرعة ،كما اذا كان له كلاهما، أولاشيء منهما بأنأراد الاشتراء والصرف.

فصل

في الاوصياء

وفيه مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) لاينبغى الاشكال في انه لايعتبر في الوصية اللفظ ، ومع اللفظ لايعتبر لفظ خاص، لصدق العمومات والمطلقات مع الاشارة ، بل ولو كانت الاشارة بالسكوت ، كما اذا قال أو أشار اليه بأن اقرء وصيتي، فكلما سكت اناكان علامة قبولي، وكلما لم أرده تكلمت بالنفى، فضلا عن الاشارة برأسه ، أو الكلام بنعم او لا .

قال في الجواهر: ان صيغة الوصاية أوصيت اليك او فوضت او جعلتك وصياً ، او امسك مقامي فى امر اولادى، اواحفظ مالهم والتصرف فيه، اوكذا وكذا، او وليتك كذا بعد موتي، اوجعلتك ولياً بعد الموت، اونحو ذلك من الالفاظ التي تفيد توليته على مايريدها عليه عموماً أوخصوصاً ـ انتهى .

وكذا اذا قال: انت وليى فى حياتى ومماتى، اووكيلى اوقاضى دينى بفتح الدال، ولايبعد ان يكون المروى، عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالنسبة الى علي عليه السلام، بالفتح .

وان قال نصير الدين [ره] في التجريد : انه بالكسر ، فيكون معناه قاضياً في الاحكام ، ولو اراد الوصاية لكنه لم يؤشر ولم ينطق لم ينفع لعدم الصدق، كعدم صدق العقد والايقاع بالارادة اذا لم ينطق ولم يؤشر، وقد تقدم الكلام حول الكتابة، وانها من اقسام الاشارة .

اما اذا قال : [انت] او [وص] ولم يتمكن بنطق بقية اللفظ كـ[وصيي] او [بي] مثلا: فالظاهر انه من الاشارة المعدة عرفاً ايصاءاً ، ثم لو ما قـال : انت وصيي ان علم المراد منه، كما هو الغالب في ارادة اخراج الثلث لواجباته وسائر شئونه وتولي اولاده الصغار وما اشبه، فهو والافهل تبطل أو تكون وصية مطلقة في أي شأن احتاج الانسان فيه الى الايصاء فهو من قبيل حذف المتعلق يفيد العموم مثل انت وكيلي، الظاهر الثاني ، وعليه فاحتمال البطلان مطلقاً او العمل بالمتيقن غير ظاهر الوجه .

ومنه يعلم، وجه النظر فيما جعله الجواهر تحقيقاً في المسألة قال: والتحقيق مافي الدروس من انه ان كان هناك قرينة حال حمل عليه ، والا امكن البطلان ، ويحتمل التصرف فيما لابد منه كحفظ المال ومؤنة اليتيم؟ قلت : لابأس بالاحتمال المزبور مع تيقن ارادته من اللفظ المزبور، اوظهوره مع الشك في غيره، والا فاللابدية اعم من الوصاية به ـ انتهى .

اذ لا حاجة الى تيقن الارادة مع الظهور كسائر الظواهر، ولو اوصى بهذه اللفظة مثلا ، ولم يعلم هل انه اراد بعد مماته اوفي حال حياته ولا ظهور لم يمكن العمل، اذ لم يتحقق احدهما، فلا يشمله دليل الاذن حياً، ودليل الوصية ميتاً كأنه من التمسك بالمجمل في احد فرديه، ولو كان متعلق الوصية مجملا، لكن له متيقن بعد موته اخذ به، لانه متيقن ارادته ، كما اذا قال: اعطوه ريالا ولم يعلم ارادته

الحجازي اوالقطري، فانه يعطى قدر الاول الذى هو اقل من الثاني .

ثم انه يعتبر في الوصى امور :

الاول: العقل في الجملة، فان الوصي قد يكون عاقلا، وقد يكون مجنوناً أدوارياً ، وقد يكون مجنوناً مطبقاً ، لا ينبغي الاشكال فى صحة كون الوصي الاول للاطلاق، وفىعدم صحة كون الوصي الثالث ، لانه لاعقل لهحتى يقوم بشيء، والادلة منصرفة عنه .

واما الثاني: فلا وجه لعدم الصحة بالقدر الذى يأتي منه، مثلا: أوصى بأن يشرف على أولاده، فان تمكنه منذلك ايام عقله، كما اذاكان دوره جنونه أيام الصيف فقط، لايوجب سقوط الوصية بالنسبة الى غير ايام الصيف، فان كان يكفى أيام افاقته من العمل بكل الوصية فهو ، وان كان لا يكفى عمل فى أيام جنونه ، كما اذا لم يكن وصي، فان التبعيض فى الانسان حاله حال التفريق فى انسانين، كما اذا أوصى الى زيد وعمرو، لكن كان فى صحة الوصية بالنسبة الى الثانى محذور.

نعم، اذا كان ذلك على نحو القيد أوالمصب لم تصح، اذ لاوصية بالنسبة الى أحد الزمانين أوأحد الشخصين فلا يشملهما الدليل .

نعم، حيث ان الظاهر كونها من باب تعدد المطلوب تصح بالنسبة الى زمان الافاقة، أوالشخص الممكن .

ومن ذلك تعرف، موقع النظر فى كلام الدروس ، حيث قال : الاقرب صحة الايصاء لمن يعتوره الجنون ادواراً، ويحمل على أوقات الافاقة، ثم قال: والفرق بينه وبين الاول أي من طرء له الجنون انصراف الوصية فى ابتدائها أى فى الادوارى الى أوقات افاقته، وفي غيرها الى دوام عقله الذى لم يدم و

لو قلنا بعود ولاية الاول فلا اشكال ـ انتهى المحكى عنه .

وعلى ماذكرناه اذا أوصى ولم تكن مقيدة بالعقل الاستمراری ، وكانت قابلة النفوذ كلا أوبعضاً حال الافاقـة ، سواء كان عاقلا ثم جن، أوكان ادوارياً من الاول، اوكان مجنوناً من الاول ثم عقل صحت الوصية كلا أوبعضاً بالقدر الممكن،لاطلاق دليل وجوب انفاذ الوصية.

ويؤيد ماذكرناه ماروواه دعائم الاسلام، عن علي عليهالسلام، قال: لايزيل الوصى عن الوصية ذهاب عقل أوارتداد، اوتبذير، اوخيانة ، اوترك سنة، و السلطان وصي من لاوصي له، والناظر لمن لاناظر له[1].

ثـم ان الموصى اذا قال : ليقوم بـاموری فلان المجنون لم تصح ، لان الناس لايملكون أحكامهم ، وقد جعله الشارع غير صحيح التصرفات .

نعم، اذا قال: ليقرء على قبري القرآن مثلا، لم تبعد صحته اذا كان يفعل ذلك، اذ لامحذورعلى تأمل من جهة الشك فيامضاء الشارعلمثل هذهالوصية الا ان يقال : ان عدم الردع كاف ولم يعلم ردعه عن مثل ذلك، وسيأتى بعض المسائل المرتبطة بالباب، انشاء الله تعالى .

الثاني: الاسلام، ولااشكال فياشتراطه في الجملة،وذلك فيما اذا لميصح قيام الوصي بما أراد، كما اذاأوصى الىالكافر بكنس المسجد ،أو ببيعالقرآن اذاـ قيل بحرمة تسليط الكافر على القرآن ، لنهيه صلى الله عليه وآلـه و سلم ان يسافر بالقرآن الى أرض العدو مخافة ان يناله العدو[2] ـ أو ما أشبه ذلك .

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٣٦٣ .

(٢) الدعائم : ج ١ ص ٣٤٨ .

و منه يعلم ، صحة اشتراط الايمان في مثل ذلك، كما اذا أوصى بصلاته وصومه وحجه ان يأتي بها غير المؤمن، لان اعماله تلك بـاطلة ، والظاهر ان وصيته بادارة الكافر شئون أولاده ممايعدتسلطاً للكافر على المسلم غيرصحيحة .

أما الوصية بما لامحذور فالظاهر صحتها لاطلاق أدلتها، واحتمـال عدم الصحة من جهة انه سبيل وركون ، ومودة وموالاة وما أشبه مما ينفيهاالايات والروايات ، خصوصاً اذا كان الكافر حربياً لانها موادة ، وقد قـال سبحانه : «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله»[1] يرد عليه جزئية الدليل ، فلا يدل على النفي اطلاقـاً ، فانه أخص من المدعى وقدتقدم في روايه الدعائم ذكر عدم ابطال الارتداد الوصية، كما تقدم بعض الكلامفي صحة الوصية للكافر مما ينفع المقام .

الثالث: القدرة عقلا وشرعاً، فاذا لم يقدر الوصي من تنفيذ الوصيةمطلقاً أو في الجملة، بطلت مطلقـاً ، أو في الجملة، مثلا أوصى الى سجين لايقدر حتى من التوكيل ـ مثلا ـ أو الى مقعدان يأتي بقضـاء صلاته، حيث لاتصح مع القدرة على الكاملة ، أو الىمغمى عليه، أو أوصى الىامرأة بكنس المسجد كل يوم، وهي لاتقدر من ذلك أيام العادة شرعاً أو ما أشبه ذلك، لم تصح،اذ في صورة عدم القدرة العقلية تكون كالوصية الى الجمـاد ، وفي صورة عدم القدرة الشرعية تكون الادلة منصرفة عنها، بالاضافة الى انه من غير المعقولان يقول للوصي الشارع : أفعل ولاتفعل ، كما ذكروه في باب اجتماع الامر و النهي، أو يقال : ان عدم شمول الادلة لمثلها انما هو من باب دليل الاقتضاء ، أو غير ذلك .

---

(١) هود : آية/١١٣ .

الرابع : اختلفوا في اعتبار العدالة في الوصي الى أقوال ثلاثة :

الاول : اعتبارها .

والثاني : عدم اعتبارها .

والثالث : ان المعتبر عدم ظهور الفسق لاظهور العدالة .

أما الاول : فقد نسب الى المشهور ، بل عن الغنية الاجماع عليه .

وأما الثاني : فهو المحكي عن ابن ادريس والفاضلين في النافع والمختلف وغيرهم

وأما الثالث : فقد اختاره المسالك قال : لاريب في اشتراط عدم ظهور فسقه ، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث، والاقرب من هذه الاقوال الثاني ، لاطلاق أدلة الوصاية بعد عدم تمامية أدلة القولين الاخرين .

أما ما استدل به للقول الاول، فهو امور :

الاول : ان الايصاء ركون ممنوع عنه شرعاً، اذ الفاسق ظالم ، فيشمله : «لاتركنوا الى الذين ظلموا»[1] .

الثاني : ان الفاسق لاامانة له شرعاً كما استدل به في الشرائع بضميمة ما أتمه الجواهر بقوله : لوجوب التثبت عند خبره، قال سبحانه: «ان جائكم فاسق بنباء فتبينوا»[2] .

أقول: ولعله بضميمة انه معلوم من حال الشارع انه أراد غلق باب غير الامين والافلا تلازم بين لزوم التثبت من خبره وعدم صحة كونه وصياً .

---

(١) هود : آية/١١٣ .

(٢) الحجرات : آية/٦ .

الثالث : انه تسليط الفاسق على أموال وانفس الناس حيث ان المال بعده للورثة وأولاده الصغار أنفس محترمة ، وهو ضياع له ولهم، فهو خلاف المصلحة قال سبحانه : «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»[١] وقال: «لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن»[٢] وقال صلى الله عليه وآله وسلم : لعن الله من ضيع من يعول[٣].

الرابع :ان وكيل الحاكم يلزم ان يكون عادلا فأولى منه عدالة الوصي، لان الحاكم مشرف على وكيله، أما الوصي فلا مشرف عليه ، أما لزوم ان يكون وكيل الحاكم عادلا فلان غير العادل خائن، وقد قال سبحانه : «ولا تكن للخائنين خصيما»[٤].

الخامس : المناط في النصوص الدالة على اشتراط عدالة المتولي لامور ورثة الميت اذا كانوا صغاراً فيما مات ولم يوص .

مثل مارواه سماعة ، قال سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية ، ولـه خدم ومماليك وعقـد ، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال عليه السلام : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله[٥]. الى غير ذلك مما ذكره الرسائل في باب من مات ولم يوص من يتولى بيع جواريه وقسمة مالـه .

السادس : ان هذا الشرط انما هو لان يحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل

---

(١) النساء : آية/٥ .
(٢) الأنعام : آية/١٥٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ١٢٢ الباب ٨٨ من أبواب مقدمات النكاح ح ٦ .
(٤) سورة النساء : آية/١٠٥ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ٢ ـ الفقيه ج ٢ ص ٢٨١ التهذيب : ج ٢ ص ٤٠٠ ـ الفروع : ج ٢ ص ٢٥٣ .

خبره وفى الكل مالايخفى .

اذيرد على الاول : لاتركنوا، منصرف عن مثل ذلك والا لم يصح استيداع وتوكيل غير العادل ، وهذا مالايقول به أحد ، لا لانه تخصيص للاية ، بل لعدم شمول مثلهاله ، وكذلك الاستيجار وجعل الجعالة ، وغير ذلك .

وعلى الثاني : انه لا تلازم بين الفسق وبين عدم الامانة ، بالاضافة الى ان الاعتماد على غير الامين لادليل على منعه ، اذ الوجوه الذي ذكرناه بعد كلام الجواهر اعتباری محض، لايصح حجة على الحكم .

وعلى الثالث : ان الدليل أخص من المدعى ، اذ ليس كل وصية تسليطاً على الانفس وأموال الغير، بالاضافة الى انه اذا كان ثقة لم يكن خلاف المصلحة فلايشمله ماذكر من الادلة .

وعلى الرابع : انه لادليل على لزوم عدالة وكيل الحاكم ، بل يكفي فيه الثقة،الااذاكان ممايشترط فيه العدالة كوكيله في القضاء وامامة الجمعة والجماعة والولاية على احتمال للاولوية من القضاء ، أولان الوالي يتصدى لكل الشؤن .

أما لزوم عدالة مطلق وكيل الحاكم فلادليل عليه، بالاضافة الى ان تنظير الوصي بوكيل الحاكم بدون مناط قطعي ، أما الملازمة العقلية أن غير العادل خائن فلا دليل على التلازم ، بل الدليل بالعكس .

وعلى الخامس: ان الروايات دلت على وثاقته لاعدالته ــ والقول بأن كل غير عادل غير ثقة لادليل عليه ، بل المركوز في الاذهان عدم التلازم ــ والروايات لم تدل على العدالة ، بل على الثقة ،كما نص بذلك في الرواية المتقدمة ، وقوله عليه السلام : ان كان مثلك ومثل عبدالحميد لايدل على أكثر من الثقة .

ورواية علي بن رئاب ، واسماعيل بن سعد لا دلالة فيهما اطلاقاً ، فراجع الوسائل في الباب المذكور .

وعلى السادس : ان الاصل في فعل المسلم ـ الشامل لقوله ـ الصحة ، مضافاً الى ان هذا الدليل ليس في سياق الادلة الاخرى فان تلك في مقام الثبوت، وهذا في مقام الاثبات ، ولذا الذي ذكرناه من قوة عدم الاشتراط .

قال الجواهر : ولعل خير الاقوال أوسطها مالم يكن فيه مفسدة على القاصر لعموم الادلة واطلاقها ، خصوصاً ماورد منها في وصاية الامرأة التي من الغالب عدم عدالتها ، وفي وصاية ولده وفيهم الصغار والكبار ، وان الصبي يكون وصياً بذلك عند بلوغه أوقبله ، والتصرف عند البلوغ ، سيما ماورد من وصية الكاظم عليه السلام ، جميع ولده ، ومنهم غير العدل ، وجعل الولاية بيد علي عليه السلام منهم لايجدى ، بناءاً على عدم صلاحية الفاسق للوصاية ولو مع انضمامه الى غيره ممن له الولاية عليه ـ انتهى .

أقول : أشار بذلك الى رواية علي بن يقطين ، سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال : يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية ولاتنتظر بلوغ الصبي، فاذا بلغ الصبي فليس له الا يرضى الاماكان من تبديل أوتغيير ، فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت [1].

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٥٠ من أحكام الوصايا ح ٢ .

(مسألة -٢-) لوأوصى الى العدلففسق في حال حياة الموصي ولم يعزله مع علمه بذلك كانت الوصية ظاهرة في عدم اعتبار العدالة ، اذلو كانت العدالة مقومة لوصيته عزله ، فعدم عزله دليل العدم .

أما مع عدم علمه فيأتي فيه الكلام في فسقه بعد موت الموصي فان له صوراً ثلاثاً ، اذا ماان يعلم بأن عنوان العدالة سبب الوصية باشتراطها بها ، أو يعلم بالعكس وانهاداعية، لا ان الوصية انصبت على العدالة ،أولايعلم أحدالامرين:

ففي الاولى : ينعزل .

وفي الثانية : لاينعزل .

وفي الثالثة : الاصل بقاء الوصية للاستصحاب ، والاحتمال لايبطله واوقيل بان الشك في المقتضى ليس مجرى للاستصحاب؟ قلنا: ان اطلاق أدلة الاستصحاب يقتضي حجيته حتى في الشك في المقتضي ،كما حققناه في الاصول .

قال في الشرائع:: لو أوصى الى العدل ففسق بعد موت الموصي أمكن القول ببطلان وصيته ، لان الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله .

قال في المسالك : وانما قال امكن ، لانه يمكن القول أيضاً،بعدم البطلان.

أقول : لكن ظاهره الميل الى البطلان، و لعل مراده ما كان ظاهر الوصية ذلك - وان لم يقطع به - والا فمجرد الامكان لايوجب رفع اليد عن الاطلاق.

و لذا قال الجواهر : فان استصحابها كان في الحكم ببقائها ، بل لو علم ملاحظة الوصف ، لكن لاعلى جهة دورانها معه وجوداً و عدماً ، بل لاحظه غير خاطر في باله الحالي عنه ، فان الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه ، الى آخر كلامه .

نعم يرد عليه انه قال : ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لوفسق حال حياة الموصي أيضاً ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالى الموت والحياة ـ انتهى . اذ قد عرفت الفرق .

وكيف كان ، فحال سائر الاوصاف حال العدالة اذا فقدت ،كما اذا أوصى الى المسلم فارتد أو الى الثقة فذهبت عنه أو ما أشبه .

نعم ، لااشكال في سقوط الوصية اذا أوصى الى العاقل فجن ، أو الى الرشيد فسفه أو ما أشبه ذلك للحجر الشرعي ، ولو أراده الموصي، اذ اطلاق دليل الوصاية لايشمل المذكور، وان شئت قلت: الناس مسلطون على أنفسهم وأموالهم، لاعلى أحكامهم .

أما أمر الايتام فأصعب ، لانه لااطلاق لولايته على أولاده حتى يعطيه لغيره ، وان كان له مثل هذا الاطلاق على أمواله في الجملة .

ثم انه اذا كانت الوصية مقيدة بالعدالة أو ما أشبه انعزل بمجرد الفسق من غير حاجة الى عزل الحاكم، اذ لاوصية في حال الفسق،فالاصل عدم الاحتياج الى عزله .

نعم ، لو صار خلاف بأنه ارتكب موجب الفسق ، أو خلاف في ان ما ارتكبه يوجب الفسق أم لا ؟ ـ أي كان الشك في الصدق اوالمصداق ـ من جهة اختلاف الورثة بينهم ، أو اختلافهم مع الوصي ، أو اختلاف من تتعلق به الوصية ،كما لو أوصى باعطاء أولاده ثلثه تدريجاً ، الى غير ذلك من الامثلة، احتاج الحسم الى الحاكم، لانه المرجع في المنازعات .

ولو فسق مما أوجب انعزاله لم يحق له العمل اذا كان متشرعاً مثل الشاهد

لايحق له حضور الطلاق اذا علم فسق نفسه على المشهور من اعتبار العدالة الواقعية .

نعم، قد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان الظاهر عدم البأس بالحضور اذا علم الشاهد عدم ترتب أثر اطلاقاً على الطلاق ، مثلا : لاالرجل يتزوج ولاالمرأة تتزوج الى آخر ذلك ، أوعلم الشاهد بان المرأة اخته من الرضاعة و لم يلامسها حتى يوجب عدة الشبهة ، فان طلاقها كالعدم ، الى غير ذلك .

وهل تعود الوصاية بعود العدالة؟ فيه صور لانه أما جعل الوصاية بحيث لاتعود، أو جعلها بحيث تعود فلااشكال .

أما اذا لم يعلم انها من أي القبيلين فلابعد العود،لا لان الظاهر انهادائرة مدار العدالة وجوداً وعدماً اذ ذلك خلاف فرض الشك،بل لاستصحاب الوصاية فان القدر المتيقن خروج حال الفسق.

أمـا قول بعضهم بتعـارض الاستصحـابين بعد خروجه عن الفسق ، فقد ذكر الشيخ المرتضى [ره] رده فى الرسائل ، ويأتى هنا تفصيل ما ذكروه من ان الزمان ظرف أو مفرد ، وان كـانت المسألة بحاجة الى التأمل، و الله سبحانه العالم .

(مسألة ــ ٣ ــ) لو أوصى الى الصغير بقيد بعد كبره ، لا ينبغي الاشكال في صحته منفرداً أو مجتمعاً مع الكبير ، لاطلاق أدلة الوصية،ولو أوصى اليه حتى في حال صغره باعتبار ان وليه يتصرف فلا ينبغي الاشكال أيضاً للاطلاق المذكور ولامحذور .

أما اذا أوصى في حال الصغر بدون تصرف وليه لم يبعد حسب الصناعة صحتها في المميز الذي يأتي منه العمل ، كما لو أوصى بايصال مال له الى الفقراء مما كان يوصله كذلك في حال حياته ، اذ لا محذور في ذلك وهو عقلائي لم يعلم ردع الشارع له، بعد تأيده بصحة وصية من بلغ عشراً وصحة معاملاته الخفيفة حسب قوله: «وابتلوا اليتامى»[1] وللسيرة على عمل الاطفال في المحقرات، خلافاً للمشهور، بل ظاهر الجواهر وغيره انه لاخلاف أجده فيه لقصوره بالصبا السالب لاقواله و افعاله عن منصب الوكالة ، فضلا عن الوصاية التي قد عرفت انها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها ــ انتهى .

بل ربما أيد ذلك بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع القلم[2]. ولايجوز أمر الغلام، وما أشبه، الا انه يرده ما رواه الفقيه عن زياد بن أبي الحلال قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رسول الله هل أوصى الى الحسن والحسين مع أمير المؤمنين عليهم السلام؟ قال: نعم، قلت: وهما في ذلك السن؟ قال : نعم، ولايكون لغيرهما في أقل من خمس سنين[3].

---

(١) النساء : آية/٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٦٦ الباب ٣٦ من أبواب قصاص في النفس ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٣ .

ولعل التحديد بالخمس لعدم التميز في المتعارف في ما دون ذلك، ولعل ظاهر الروايات الاتية في التشريك ما يؤيد كلام المشهور حتى علقت الشركة الفعلية على بلوغ الصبي .

قال في الشرائع: ولاتصح الوصية الى الصبي منفرداً، وتصح منضماً الى البالغ، لكن لايتصرف الابعد بلوغه .

أقول: وذلك للاصل وبعض الروايات المعتبرة، فقد روي المشايخ الثلاثة في ما عدا الاستبصار، عن محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام ، رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار ، أيجوز للكباران ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل ان يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم ، على الاكابر من الولد ان يقضوا دين أبيهم ولايحبسوه بذلك .(١)

وروي المشايخ الثلاثة فى الكتب الاربعة، عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ، عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال عليه السلام: يجوز ذلك ، وتمضي المرأة الوصية ولاتنتظر بلوغ الصبي، فاذا بلغ الصبي فليس له الايرضى الاما كان من تبديل أو تغيير، فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت .(٢)

وفي الرضوي: واذا أوصى الرجل الى امرأة والى غلام غير مدرك فجائز المرأة ان تنفذ الوصية ، و لاتنتظر بلوغ الغلام ، و ليس للغلام اذا ادرك

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .

ان يرجع الى شيء مما انفذته المرأة الا ما كان من تغيير او تبديل[(١)].

وزاد الصدوق في محكي المقنع على ما عن الرضوي، بقوله: فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت[(٢)] لكن ظاهر هذه الروايات ما اذا كانت الوصية لها مطلقة، لاما اذا كانت مقيدة بما اذا بلغ الصغير، والا لم يجز تصرف البالغ لعدم الوصية حينئذ .

وعليه، نصور المسألة ثلاث ، لانه أما ان يطلق تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير وبعده، أويقيد تصرفه بماقبل بلوغ الصغير،فاذا بلغ كان الوصي الصغير فقط ، أو يقيد تصرفه بما بعد البلوغ فليس وصياً قبل البلوغ ، والكل على وفق القاعدة لاطلاق دليل الوصية ، بالاضافة الى الروايات المتقدمة في بعض صورها .

وبذلك يظهر، وجه النظر فى كلام المسالك حيث قال: ان صحة الوصية الى الصبي منضماً على خلاف الاصل، لانه ليس من أهل الولاية، ولكن جاز ذلك للنص فلا يلزم مثله في الوصية اليه مستقلا، وان شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضم، وقوفاً فيما خالف الاصل على مورده ولانه يغتفر في حال التبعية ما لايغتفر استقلالا ـ انتهى .

كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: نعم، لو صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير صح لعموم المؤمنون عند شروطهم[(٣)]، اذ

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح ٤ .
الاستبصار : ج ٢ ص ٢٣٢ ح ٤ .

ذلك ليس من باب الشرط ، بل من باب قدر الوصية وكان تسميته شرطاً من باب المسامحة كتسمية استقلال الصغير اذا كبر ، عزلا للكبير الذى كان وصياً قبل البلوغ .

وكيف كان، فلا اشكال في تحديد وصاية الكبير ببلوغ الصغير، كما صرح به القواعد والدروس وجامع المقاصد وغيرهم كما يصح تحديدها بغير ذلك كما اذا قال: انت وصيي الى سنة وبعد ذلك لاوصى لي حتى يبلغ الصغير أو ما أشبه ذلك من التحديدات التي يراها الموصي، مثل ان يجعلهما شريكين بعد بلوغه، أو ان لاي منهما ان يعمل ولو مستقلا او ما اشبه ذلك، ومنه الترتيب في الوصية .

فقد روى المشايخ الثلاثة في غير الاستبصار: ان ابا بصير المرادى قال : قال أبو جعفر عليه السلام: الا احدثك بوصية فاطمة سلام الله عليها، قلت : بلى فاخرج حقاً او سفطاً فاخرج منه كتاباً فقرأه :

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اوصت به فاطمة عليها السلام بنت محمد صلى الله عليه وآله وسلم، اوصت بحوائطها السبعة بالعواف والدلال والبرقة والمبيت والحسنى والصافية ومال ام ابراهيم الى علي بن أبي طالب عليه السلام فان مضى علي عليه السلام فالى الحسن عليه السلام ، فان مضى الحسن عليه السلام فالى الحسين عليه السلام فان مضى الحسين عليه السلام فالى الاكبر من ولدى تشهد الله على ذلك والمقداد بن الاسود ، و الزبير ابن العوام ، و كتب علي بن ابي طالب عليه السلام ـ كذا رواه الشيخ [1] .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات ح ١ .
التهذيب : ج ٢ ص ٣٧٤ ـ الفقيه : ج ٢ ص ٢٩١ ـ الفروع ج ٢ ص ٢٤٧ .

وفى رواية عبدالرحمان بن الحجاج، عن أبي ابراهيم عليه السلام فى وصية علي عليه السلام ، وانـه يقوم على ذلك الحسن بن علي عليه السلام ـ الى ان قال ـ: وان حدث بحسن بن علي عليه السلام حدث وحسين عليه السلام حى، فانه الى حسين بن علي ـ الى ان قال ـ : وان حدث بحسن وحسين حدث، فان الاخر منهما ينظر فى بنى علي عليه السلام[1] .

وفى وصية موسى بن جعفر عليه السلام حسب رواية عبدالرحمان بن الحجاج وجعل صدقته الى علي وابراهيم، فاذا انقرض احدهما دخل القاسم مع الباقى فاذا انقرض احدهما دخل اسماعيل مع الباقى منهما، فاذا انقرض احدهما دخل العباس مع الباقى، فاذا انقرض أحدهما دخل الاكبر من ولدي مع الباقى، وان لم يبق من ولدي الا واحد فهو الذى عليه[2] .

ثم انه لااشكال ولاخلاف فى انـه ليس للصغير الاعتراض على تصرفات الكبير اذا بلغ ، بل دل عليه النص المتقدم .

نعم ، لابد وان يكون تصرفه حسب الموازين ، اما اذا كان خلافها كان له حـق الاعتراض ، بل والاصلاح اذا اثبت ذلك عند الحاكم لدى اختلافهمـا فى انه كان على نحو الصلاح ام لا ؟ وانمـا كان مدعياً ، لاصالة صحة فعل المسلم .

والظاهر انه لايلزم الا ان لايكـون على نحو الفساد الا اذا قيده الموصى

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣١٢ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات .
التهذيب : ج ص ٢٧٥ ـ الكافي : ج ٢ ص ٢٤٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣١٤ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات ح ٥ .
التهذيب : ج ٢ ص ٤٧٥ ـ الفقيه : ج ٢ ص ٣٩٣ .
عيون رضا الرضا : ص ٢٣ ـ الفروع : ج ٢ ص ٢٤٨ .

بالصلاح ، لوضوح الفاصل بينهما ، وهل للوصى الكبيران يتصرف ازيد من زمانه الى حال بلوغ الصغير فيما لم يكن مضطراً الى ذلك ؟ الظاهر لا ، لانه تصرف فى حق الغير، مثلا : كان وصياً فى ايجار داره وصرف بدله فى الامور الخيرية ، وبعد سنة يبلغ الطفل لاحق له فى ايجار سنتين ، لانه تصرف فى حق الغير .

نعم اذا كان مضطراً بان لا تؤجر الدار الاسنتين كان له ذلك ، لان تركه خلاف الوصية .

ولواختلفا فى انه كان له الحق املا؟ كان الاصل عدمه ، كما لواختلفا فى انه كان اضطرار ام لا ؟ كان الاصل مع الوصى ، لانه امين وليس عليه الا اليمين ومماتقدم ظهر، وجه قول الشرائع .

ولواوصى الى اثنين احدهما صغير تصرف الكبيرمنفرداً حتى يبلغ الصغير وعند بلوغه لايجوز للبالغ التفرد ـ انتهى .

وعليه، فلوتفرد، فان كان مراد الموصى الاشتراك بطل كل العمل ، كما اذا باع داره فالبيع باطل، وانكان مراده عدم صحةالتفرد فى الكل لافى قدرولايته بطل نصف البيع ، لان قدر ولايته نصف مال الميت، ويكون حينئذ للمشتري خيار تبعض الصفقة، فانه من قبيل بيع مالايملك مع مايملك .

نعم، اذا اجاز البالغ صح ، لانه ليس ازيد من الفضولى ، وكذا اذا منعه عن التصرف حتى يبلغ صغيره فيشتركان فتصرف قبل بلوغه توقف على كبر الصغير: فان أجازا جاز، امابالنسبة الى اجازة الصغيرفواضح ، وأمابالنسبة الى اجازة الكبيرالمجرى بنفسه للعقد، فلانه من قبيل من باع ثم ملك، اذ لاحق له فى البيع قبل بلوغ الصغيرـ حسب الوصية ـ .

ثم اذاكان الشرط انه اذاكبر اشتركا فعمل الكبيرولم يعلم بعد بكبرالصغير لم ينفع عدم علمه في نفوذ عمله، اذ الوصية ـ حسب الفرض ـ معلقة بالواقع لابزعم الكبيربلوغ وعدم بلوغ الصغير.

ومنه يعلم، حال ماذا زعم بلوغه، ومع ذلك استبد صح تصرفه اذا لم يكن في الواقع بالغاً .

ثم انه لومات الصغير اوبلغ فاسد العقل اوضل فلم يعرف له اثر اوماشبه ذلك ، فان كان مراد الموصي عدم تصرف الوصي حينذاك الا معاً بأن رجعت الوصيةالى اعطائهالوصي جزء الصلاحية لم يكن للوصي الاستقلال في التصرف بل اللازم ان يضم الحاكم معه من يشاركه في التنفيذ لارتكاز الموصي ذلك فهو كما لو اوصى الى زيد بادارة وقفه فحدث به مايمنع ادارته ، حيث يجعل الحاكم انساناً مكانه للارتكاز المذكور ، الى غير ذلك من الامثلة التي حكموا بها حسب الارتكاز .

وان لم يكن مراد الموصى ذلك ، وانما اراد ان يكون لولده ، مثلا: شأن صح للموصى ان يستقل لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع، وان لم يعلم ان مراده اى الامرين، فالظاهر جواز استقلاله ، اذ الاصل عدم الارتكاز، ولعل الشرائع وغيره نظروا الى صورتي الاولى والثالثة قال فيه: ولومات الصغير اوبلغ فاسد العقل كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم، لان للميت وصياً.

وبذلك يظهر، انه لاوجه لتردد الدروس، وعلله الجواهر بالاستصحاب و بدلالة لفظ الموصى على الضم في وقت امكانه عادة، قال: بل في الرياض انه الاظهر لقوة دليله.

ثم قال الرياض: وينبغي القطع به فيما اذا بلغ الصبي رشيداً ثم مات بعده

ولو بلحظة لانقطاع الاستصحاب الاول حينئذ بلا خلاف و تبدله باستصحاب عدم الاستقلال فيتبع ـ انتهى .

اقول : قد عرفت ان للمسألة صوراً ، فلا وجه لاطلاق المنع كما لا وجه لأطلاق الانفراد.

اما مسألة بلوغ الصبى رشيداً ثم مات، فالدليل يشمل حالى قبل بلوغه و بعد موته ـ اذاكان للوصية اطلاق ـ فلا محل للاستصحاب .

ثم ان الظاهر ان البالغ قبل بلوغ الصبى يتصرف كتصرف سائر الاوصياء لاطلاق دليل الوصية .

اما قول القواعد ، وهل يقتصر البالغ من التصرف على ما لابد منه نظر، و لعله تردد من جهة ان الغالب ان من اوصى بمثل ذلك انما يريد الشركة ، و انما يطلق للوصي التصرف قبل البلوغ من جهة اللابدية، فاللازم ان يقتصر الوصي على ما لابد منه اقتصاراً على القدر المتيقن، وهو كلام وجيه في نفسه فاستغراب الجواهر من العلامة معللا ذلك بانه مناف لاطلاق النص والفتوى، بل ولما هو كالصريح من خبرعلي بن يقطين ـ انتهى محل منع .

ثم انه لومات الكبيرقبل بلوغ الصغير، فان علم من الموصى ارادتهتنفيذ وصاياه قبل البلوغ قام الحاكم مقام الميت لماتقدم من الارتكاز، ولان الحاكم ولى من لاولى له ، وان علم منه ارادة العدم لميقم الحاكم مقامه ، لانه خلاف الوصية ، وان شك لم يستبعد أن يكون كالأول إذا لم تكن عند الموصيين ارادتهم تنفيذ وصاياهم ، وانما خصوصية الوصي من باب تعدد المطلوب .

ومنه يظهر ، الاشكال فى كلا اطلاق الجواهر بقيام الحاكم ، الا ان ينزل كلامه على المتعارف واطلاق غيره من جهة ثبوت الوصاية للصبى حال الانضمام

وان لم يجزله التصرف ، لانه لاولاية له مع وجود الوصي ، فاللازم للحاكم الانتظار الى البلوغ الافيما لابد منه .

ثم ان الشرائع قال : ولاتجوز الوصية من المسلم الى الكافر ولو رحماً نعم يجوز ان يوصي اليه مثله ـ انتهى .

ومضى الروضة الى ابعد من ذلك فقال : الاقوى المنع ـ بالنسبة الى مثله ايضاً ـ ولو اريد صحته عندهم وعدمه فلاغرض لنا في ذلك، ولو ترافعوا الينا ، فان رددناهم الى مذهبهم والافاللازم الحكم ببطلانها، بناءاً على اشتراط العدالة في الوصي، اذلاوثوق بعدالته في دينه ولاركون الى افعاله ـ انتهى .

ويرد على الاول : ما تقدم من شمول اطلاق أدلة الوصية وذلك باطلاقه ليس ركوناً وموادة منهياً عنهما، فالدليل اخص من المدعي ، ودعوى الرياض عدم الخلاف في المنع منظور فيه صغرى وكبرى، ومن المعلوم ان الوصية حالها حال الوكالة والاجارة والجعالة وماأشبه، فعدم المنع فيها دليل على عدم المنع في الوصية ولوبالملاك، وقد عمل علي عليه السلام لبعض الكفار بأجرة كما في بعض الروايات،[1] فليس ذلك سبيلا ممنوعاً، أوعلو الكفر على الاسلام ليشمله الاسلام يعلو.[2]

وعلى الثاني: ان معنى الزموهم[3] ان لهم أحكامهم ، بالاضافة الى السيرة القطعية، ولا حاجة الى عدالته في دينه اذا لم يكن دينهم اشتراط العدالة.

---

(١) في سيرة حياته في أغلب التواريخ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٧٦ الباب ١ من أبواب موانع الارث ح ١١ .
(٣) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ .

ومنه يعلم ، وجه النظر فى قول المسالك : ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقاً مع عدالته في دينه، لان الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله واداء الامانة، الى آخر كلامه.

ومنه يعلم، حال ما اذا أسلم الكافر ـ على القول بالمنع ـ فان الوصية لما كانت من باب تعدد المطلوب لم يمنع عدم نفوذها برهة لكفر الوصي أو جنونه أو ما أشبه نفوذها في غير تلك البرهة، الا اذا علم بوحدة المطلوب، كما علم ما اذا ارتد المسلم وقلنا بأنه لايضر الكفر بالوصاية، حيث ارتداده لم يمنع قيامه بها .

قال في الجواهر: ولو أوصى الكافر الى المسلم صح وتصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره كالخمر .

أقول: العمل بوصية الكافر قد يكون مما علم من الشرع ارادة خلافه، كما اذا اوصاه باعطاء بعض ماله لحرب المسلمين ، وقد لايكون كذلك، والظاهر صحتها ولزوم العمل بها، وان لم يكن في مذهبنا، وذلك لقاعدة الالزام، وكذا في باب الوكالة، كما اذا وكله في طلاق زوجته التى هي اخته في المجوسي.

ومثله: المخالف، كما اذ اوكله في طلاق زوجته ، فان الطلاق في الكافر يصح، اذ النكاح عندهم صحيح، وفي المخالف يصح بلا شهود لانه مذهبهم، ولا دليل على لزوم ان يطلق بشهود بعد قاعدة الالزام، ولذا اذا وكله في تقسيم تركة أبيه في الكافر، أو المخالف قسم حسب رأيهما.

(مسألة ـ ٤ ـ) لااشكال ولا خلاف فى جواز الوصية الى المرأة ، وقد اعترف بعدم الخلاف الجواهر ، بل قال : ان الاجماع بقسميه عليه ، كما ان المسالك قال: انه موضع وفاق عندنا ومثلهما غيرهما، ويدل على ذلك بالاضافة الى الاجماع بعض الروايات :

مثل ما رواه التهذيبان والمقنع قال : كتبت اليه ، جعلت فداك ان امرأة أوصت الى امرأة ودفعت اليها خمسمأة درهم ولها زوج وولد وأوصتها ان تدفع سهماً منها الى بعض بناتها و تصرف الباقي الى الامام عليه السلام ؟ فكتب: تصرف الثلث من ذلك الي، والباقي يقسم على سهام الله عزوجل بين الورثة.(١)

وما رواه المشايخ الثلاثة ، في الكتب الاربعة، عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ، عن رجل اوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً؟ فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له ان لايرضى الا ما كان من تبديل أوتغيير فان له ان يرده الى ماأوصى به الميت.(٢)

ومن ذلك يعرف ان مادل على عدم الصحة محمول على الكراهة أوالتقية أما الحمل على من فقد شرطاً من الشرائط كما في الجواهر، فمحل نظر .

فقد روي السكوني، عن جعفر بن محمد عليه السلام، عن أبيه، عن آبائه عن علي عليهم السلام ، قال: المرأة لايوصى اليها، لان الله عزوجل(٣) يقول: «و لاتؤتوا السفهاء أموالكم».(٤)

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٢ الباب ٥٣ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٢ الباب ٥٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

قال في الفقيه: وفي خبر آخر: قال: سأل أبوجعفر عليه السلام ، عن قول الله عزوجل: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم»؟ قال : لاتؤتوها شراب الخمر ولا النساء، ثم قال: وأي سفيه أسفه من شارب الخمر.(١)

قال الصدوق: انما يعني كراهة اختيار المرأة للموصية ، فمن أوصى اليها لزم القيام بها على ماتؤمر به ويوصي اليها فيه انشاء الله.(٢)

وقال الشيخ: الوجه ان تحمله على الكراهة، أوعلى التقيـة، لانه مذهب كثير من العامة قال: وانما قال: ذلك لاجماع علماء الطائفة على الفتوى بالخبر الاول ـ كذا في الوسائل ـ ومراده بالخبرالأول ماتقدم عن علي بن يقطين.

أما وصية المرأة الى الرجل فلا اشكال فيها ولا خلاف، بل لم أجد حتى منع أحد من العامة لها ، و يدل عليه بالاضافة الى الاطلاقات ، بل و السيـرة والضرورة والاجماع جملة من الروايات:

مثل وصية فاطمة سلام الله عليها الى علي عليه السلام، ووصية فاطمة بنت أسد الى رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم.

ففي حد يثٍ رواه الكافي: فلما مرضت أوصت الى رسول الله صلـى الله عليه وآله وسلم وأمرت ان يعتق خادمها واعتـقل لسانها ، فجعلت تومي الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ايماءاً ، فقبل رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم وصيتها.

والحاصل: ان وصية كل من الرجل والمرأة والخنثى الى الاخر لااشكال

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٤ .

فيها ، أما الوصيـة الى شارب الخمر ، فالظاهر الكراهة الا عند من يرى لزوم العدالة في الوصي.

قال في الجواهر : لا يعتبر في الوصي البصـر و لا كونه غير وارث بلا خلاف.

أقول: وهو كذلك للاطلاقات فيهما، وبعض الروايات الخاصة في الثاني، حيث ان الائمة عليهم السلام أوصوا الى ورائهم .

(مسألة ـ ٥ ـ) لا اشكال و لا خلاف في جواز الوصية الى واحد والى اثنين والى أكثر، وفي الثاني والثالث يجوز التشريك ويجوز التفريد، أي ان يجعل كليهما أو كلهم بحيث لايعمل الا مع الاخر أوالاخرين ، أويجعل كل واحد مستقلا في العمل في كل الوصية، أوفي بعض الوصية مثلا يقول: يؤخذ عني حج برأي كليكما، أوبرأي اي منكما ، اويأخذ هذا حجاً وهذا حجاً.

وكذا ان يقول: تصرفوا في أموالي برأي كليكما، اوبرأي أي منكما ، او يعمل كل واحد منكما في نصف التركة ـ مثلا ـ وفي ماكانوا جماعة يصح ما تقدم في الاثنين، كمايصح ان يقول: برأي الاكثرية، واذا مات الوصي الواحد اونحوه صح للحاكم جعل وصيين او واحداً اواكثر، كما اذاكان له وصي او اثنان او اكثر صح ان يجعل الحاكم مثل ذلك او خلافه ، حسب ما يراه مصلحة.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولواوصى الى اثنين فصاعداً جاز اجماعاً بقسميه وسنة عموماً وخصوصاً، فان اطلق اوشرط اجتماعهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ـ انتهى.

وعليه ، فاذا صرح او ظهر من كلامه شرط الاجتماع اوكفاية الانفرادفي الكل ، او في البعض ، فلا اشكال، فلو خالف الاجتماع في الاول لم ينفذ ، وهل تصح الفضولية بالاجازة من الاخر؟ الظاهر ذلك ان شملتهاالوصية، كما اذا باع احدهما مستقلا فأجاز الاخر .

اما اذا اخذ نائباً ليحج عنه فأجازه الاخر بعد تمام المناسك فالظاهر عدم الصحة، لعدم شمول الوصية لمثل ذلك، لكن ربما يقال: بالصحة من جهة بقاء المجال، حيث انه اذالم يجز الاخركان اللازم استنابة اخرى بموافقتهما، بخلاف

ما اذا اجاز، حيث كان تنفيذاً للوصية بموافقتهما، مثل البيع اذا لم يجزه الثاني بطل بخلاف ماذا اجازه.

نعم، لابد ان يشمل قوله باجتماعهما لمثل الاجازة والا لم يصح حتى في البيع، لانه وقع على مال الغير، اى الميت بدون قابليته للاجازة والرد فتأمل ـ هذا فيما شرط الاجتماع ـ .

اما لو جعل لكل واحد منفرداً في الكل اوالبعض، فاذا شرط الانفراد لم يصح عملهما اجتماعاً، لانه خلاف الوصية، فاذا اجتمعا بطل ، ومسألة اجازة احدهما بعد ذلك يأتي فيها الكلام السابق.

أمااذا لم يشترط الانفراد صح الاجتماع، لانه من باب لابشرط لابشرطلا، ومن المسألتين يعرف حكم مالوكان أكثرمن ثلاثة، وقال باتباع أكثرية الاراء هذاكله اذا قال: بلزوم الاجتماع، أوالانفراد أوماشبه ذلك .

أما اذا اطلق سواء قال: انتما وصيي، أو قال لاحدهما: انت وصيي، وقال للاخر: انت وصيي، فهل يلزم الاجتماع، أويصح الانفراد، أويفصل؟ ففي الاول لابد من الاجتماع ، وفي الثاني : يصح الانفراد ، احتمالات وان كان الظاهر الرجوع الى العرف والعادة فانهما كاشفان عن ارتكاز الموصي، لدخول الامر في الظاهر من كلامه، فيشمله دليل نفوذ الوصية .

ومنه يعلم ، ان الاحتمالات المتقدمة مما قال بها بعض انما ترجع الى رؤية أولئك القائلين ان العرف كما قالوا ، ولعل الاعراف كانت مختلفة في أزمنتهم .

قال في المسالك: أما اذا شرط الاجتماع فظاهر[أي وجه قول الشرائع : فان اطلق او شرط اجتماعهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد عن صاحبه بشيء من

التصرف] لانه لم يرض برأى احدهما منفرداً فولايتهما لم يثبت الاعلى هذا الوجه، وأما اذا أطلق فلان المفهوم من اطلاقه ارادة الاجتماع ـ انتهى .

فلايحق لمن رد المسالك ان يقول: ليس ذلك المفهوم من اطلاقه، اذ الظاهر ان الشهيد [ره] رأى ذلك في عرفه، وكذلك ماذهب اليه الشيخ في أحد قوليه، وتبعه بعض من انه مع الاطلاق يجوز انفراد كل منهما .

ولذا قال في الجواهر: الانصاف اختلاف ذلك باختلاف الازمنة والامكنة والاحوال التي ليس من وظائف الفقيه تنقيحها ، وأضاف في عبارة اخرى [الاشخاص] على الثلاثة المذكورة ، وهو كما ذكره [ره] .

وبذلك يظهر، ان ذهاب المشهور الى لزوم الاجتماع مع الإطلاق، وغيره المشهور الى عدم لزوم الاجتماع مطلقاً، أو عدم لزوم الاجتماع اذا قال لهذا : انت وصيي ، ولذاك: انت وصيي، بخلاف ما اذا قال : انتما وصيي ، أو انتما معاً وصيي او ما اشبه ذلك ، لاينفع في ذهاب الفقيه الى أحد الاقوال الثلاثة بدون ملاحظة العرف والعادة ،كما ان ادلة الاقوال الثلاثة غير مقنعة، فقد استدل المشهور بامور :

الاول: ان الاجتماع هو المتيقن، واذا دار الامر بين التعيين والتخيير كان الاصل مع التعيين .

الثاني : ان الاصل تساويهما في الولاية فانفراد أحدهما خلاف الاصل ، لانه عزل الاخر عن ولايته .

الثالث: بعض الروايات :

مثل صحيح الصفار الذى رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام ، رجل كان أوصى لرجلين ايجوز لاحدهما

ان ينفرد بنصف التركة، والاخربالنصف؟ فوقع عليه السلام: لاينبغى لهما ان يخالفا الميت ويعملا حسب ما أمرهما ان شاءالله[(١)] ـ كذا فيالوسائل المطبوعة جديداً برواية الشيخ[(٢)].

ثم عن الصدوق، وذكران التوقيع عنده بخط العسكري عليه السلام، ثم عن الكليني، عن محمد بن يحيى قال :كتب محمد بن الحسن الى أبيمحمد عليه السلام وذكرمثله[(٣)] ـ .

لكن في الجواهر : [ويعملان] مكان : [وان يعملا] .

وفي الرضوي عليه السلام: واذا اوصى رجل الى رجلين فليس لهما أن ينفردكل واحد منهما بنصف التركة ، وعليهما انفاذ الوصية على ما أوصى الميت[(٤)] .

وروى التهذيبان ، عن صفوان بن يحيىقال : سألت أباالحسنعليه السلام عن رجلكان لرجل عليه مال فهلك وله وصيان ، فهليجوز أن يدفع الى أحد الوصيين دونصاحبه ؟ قال : لايستقيم الان يكون السلطان قد قسم بينهما المال فوضع على يد هذا النصف ، وعلى يدهذا النصف لايجتمعان بأمر السلطان[(٥)] .

وعن الشيخ انه قال : الوجه فيه ان قسم ذلك السلطان العادل كان جائزاً وانكان السلطان الجائرساغ التصرف فيه المتقية .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١ ـ التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ذيل ح ١ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ٢ ـ التهذيب ج ٢ ص ٤٠١ ـ الاستبصار ج ٤ ص ١١٩ .

ويرد على الاول : ان أصل الوصية متيقن والقيد مشكوك فيه فالاصل نفيه، كما اذا علم بأنه وكله ولم يعلم هل قيد وكالته بشيء ؟ فان الاصل عدم ذلك القيد .

وعلى الثاني: ان اصل تساوى الولاية لايعطى التقييد فهذا ولى وهذا ولي اما تقيد ولاية هذا بهذا فالاصل عدمه .

وعلى الثالث: ان الصحيح ـ بعد عدم معلومية كون الرواية يعملان ،أو يعملا ، ـ وماذكره المسالك والجواهر وغيرهما غير مجد في الجزم ـ ان محتملات عملهما انفراد كل واحد منهما بشيء من التركة واجتماعهما، وعمل كل كأنه ولي مستقل والرواية على تقدير الدلالة نفي الاول ، أما الاخران فلادلالة فيها على أحدهما حتى تكون مفيدة للمشهور القائلين بلزوم الاجتماع .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في الروايتين الاخيرتين كالرضوي والصحيحة، وخبر صفوان يمنع دفع المال الى أحد الوصيين (١) ، أما لزوم اشتراكهما في كل عمل فلادلالة له فيه .

ويؤيد ذلك الذى ذكرناه من اطلاق تصرفهما مارواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة ، عن بريد بن معاوية قال : ان رجلا مات وأوصى الي والى آخر ، أوالى رجلين فقال احدهما : خذ نصف ماترك واعطني النصف مماترك فأبى عليه الاخر ، فسألوا ابا عبدالله عليه السلام عن ذلك ، فقال(ع):ذلك له . (٢)

الظاهر في ان للاخر أن يفعل ما امره شريكه ، وذلك لان لكل من الوصيين ان يعملا مستقلا وان يعملا بالاجتماع ، وان يعمل بالنصف اواكثر أوأقل بموافقة الاخر .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٢) المصدر نفسه ح ٣ .

نعم ، ليس لاحدهما ان يستبدبكل العمل لانه خلاف ظاهروصية الموصى بأن الاخر أيضاً وصي ، وماذكر هوالذى فهمه الشيخ ، قال في محكي كلامه : ذكرابن بابويه انهذا الخبر لاأعمل عليه ،وانما اعمل على الخبر الاول ظناً منه انهما متنافيان ، وليس الامر على ماظن ، لان قوله عليه السلام : ذلك له ، ليس في صريحه ان ذلك للطالب الذى طلب الاستبداد بنصف التركة ، ولايمتنع ان يكون المراد بقوله : ذلك له ، لغير الذى أبى على صاحبه الانقياد الى ماأراده فيكون تلخيص الكلام ان له ان يأبى عليه ، ولايجيبه الى ملتمسه ،فعلى هذا الوجه لاتنافي بينهما ــ انتهى .

أقول : قوله : [لايمتنع]كانالاولى ان يقول: انه الظاهر، ولوبقرينة الرواية السابقة بل لوفرض ان [ذلك له] محتمل للاستبداد من الطالب ، والقبول من المطلوب له ، فيدل على كل حال ان لهما أنلايجتمعا وهذا هوخلاف المنسوب الى المشهور من لزوم اجتماعهما، أما قول الوسائل ان خبر بريد يحتمل الحمل على اذن الموصي، فهو حمل تبرعي .

قال في القواعد : ولوأوصى الى زيد ثم الى عمرولم يكن رجوعاً ، ولو لم يقبل عمروانفرد زيد ، ولوقبلالم ينفرد أحدهما بالتصرف الامع قرينة دالة على الرجوع أوالتفرد .

أقول : في الاول : قديكون رجوعاً ، وقد لايكون ، وقد يشتبه .

وفي الثالث : الاصل عدم الرجوع .

وفي الثاني: انما ينفرد زيد اذا لم يكن رجوعاً ، ولم يعلم ارادته الاجتماع على نحو التقييد والاسقطت الوصية .

نعم، اذا فهم تعدد المطلوب بأنه يريد زيداً ويريد ان لا ينفرد كان اللازم

ضم الحاكم آخرالى زيد ، والحال كذلك اذا لم يقبل الثاني الوصية ، وانما بقى زيد وحده قابلا للوصية .

وفى الثالث : اى قوله : ولوقبلا الخ ، قدعرفت صحة الانفراد بمالايضر بوصية الاخر عرفاً ، فهوكما اذا قال الفقيه لزيد : أنت وكيلي ، وقال لعمرو: أنت وكيلي ، فلكل منهما التصرف منفرداً الافيما لايدع مجالا لوكالة الاخر، حيث ان ظاهرتوكيله لهما ان كلامنهما له الاستقلال كذلك .

ومماتقدم يظهر، وجه القولين الاخرين لغيرالمشهور، كما ظهر انالمختار الاطلاق الامع العرف والعادة ممايوجب صرف وجهة الوصية الىغيرالاطلاق

ثم اذا لـزم الاجتماع لتصريح الموصي ، أو العرف ، أو قرينة اخرى ، فالظاهران المراد موافقتهما ، وان لم يرأحدهما ذلك صلاحاً ، اذ اللازم عدم المفسدة لاالمصلحة، كماذكروهفي التصرففي مال اليتيم،ويؤيدهقولهتعالى:«فمن خاف منموص جنفاً أوأثماً فأصلح»[(١)] فانالاصلاح في قبالهما عدم الفساد لافوق ذلك ـ بقرينة المقابلة ـ الى غير ذلك ، و هذا هو الظاهر من الجواهر ، حيث قال : المراد باجتماعهما اتفاقهما على الرأى على وجه يحكمان بكونه مصلحة وايقاع العقد لواحتيج اليه عن رأيهما بمباشرة احدهما واذن الاخر أو غيرهما او باذنهما ـ انتهى .

نعم لورأىاحدهماالصلاح والاخر الفسادلايحقلاحدهمااعطاء الرأي للاخر لانه بنظره خلاف الوصية ، فهل المجال القرعة اوحكم الحاكم ، اوالتقسيم لو

---

(١) سورة البقرة : آية/١٨٢ .

امكن ، وبدونه احدالامرين ؟ احتمالات ، ولايبعـد ان يكون الاوسط اوسط المشك في كون المجال للاول والتقسيم خلاف الوصية حسب فرض كونها بالاجتماع بينهما .

قال في الشرائع : ولوتشاحا لم يمض ماينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه الامالابد منه ، مثل كسوة اليتيم ومأكوله، واضاف المسالك والرقيق والدواب ومثله شراء كفن الميت، وزاد بعضهم قضاء ديونه وانفاذوصية معينة وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع والخصومة عن الميت وله وعن الطفل وله مع الحاجة ، ورد الوديعة المعينة والعين المغصوبة .

وقال ابو الصلاح : مع التشاح يرد الناظر في المصالح الامرالى من كان اعلم بالامر واقوى عليه ، ويجعل الباقي تبعاً له ، وفيه استلزام تخصص احدهما وقد منعه الموصي من ذلك ، واطلق الشيخ في المبسوط عـدم جواز تصرف احدهما مع التشاح في القسمين من غير استثناء ـ الى ان قال ـ : ولقد احسن ابن ادريس هنا حيث قال : فان تشاحا في الوصية في الاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه ، الى قوله : وللناظر في امور المسلمين الاستبدال بهما لانهما حينئذ قد فسقا لانهما قد اخلا بما وجب عليهما القيام به الى آخر كلام المسالك .

أقول : ومما تقدم من ترجيح احتـمال الرجوع الى الحاكم في التشاح يظهر وجه النـظر في جملة من هذه الكلمات و التي من اوضحه ايجاب ابن ادريس فسقهما، اذ التشاح لايوجب الفسق مطلقاً، فالدليل أخص من المدعى واطلاق الشرائع ما لابد منه مستثنى مطلقاً مع انه لم يذكر كيفية الاستثناء وان أيهما يقدم فيما اذا أراد أحدهما اكسائه ثوب كذا والاخر ثوب كذا ، فانه لا شك ان اللازم عدم بقاء اليتيم عارياً أوجائعاً أوما أشبه ، لكن ماهو العلاج هل

القرعة؟ أوالحاكم؟ أوالثاني الا ان لايكون فالاول، أوانالحاكميقرع؟ .

نعم قال الجواهر: تتجه ذلك فيما تشتد الضرورة اليه على وجه لا يمكن الوصول الى الحاكم، اومن يقوم مقامه فيتولاه حينئذ أحدهما اوغيرهما من العدول من باب الحسبة لامن حيث الوصاية.

أقول: لكن لابد في مثل ذلك من ترجيح عدول المؤمنين لاحد الوصيين أوالقرعة .

ثم انه لواختلف اجتهادهما اوتقليدهما فرأى أحدهما صحة الانفرادورأى الاخر لزوم الاشتراك ، فان عمل كل برأيه بدون التشاح فلا كلام ، اما مع التشاح كان المرجع حاكم الشرع وأمره نافذ فيهما كما ذكرناه في مراجعة مجتهدين متنازعين الى مجتهد آخر، وأمره نافذ، وان اختلف اجتهاد احدهما اوكليهما له فراجع [كتاب القضاء] .

ويؤيد ذلك اطلاق ماذكره الشرائع وغيره قال: وللحاكم جبرهما على الاجتماع ، اما ماتقدم عن الحلبي من ان الحاكم يردهما الى الاعلم والاقوم، فلا دليل عليه، اذ ربما يرى الحاكم جعل حكم بينهما أوحكمه بالاقتراع، أو التقسيم مع الامكان، اوالى المفضول لاعتبار شرعى، اوعرفي، اوغير ذلك ثم قال الشرائع: فان تعاسرا [اي بأن لم يمكن جمعهما] جاز له الاستبدال بهما ـ انتهى .

أقول: ان أراد مجرد الجواز في قبال جواز غيره لم‌يكن به بأس، واناراد التعيين فهو غير ظاهر الوجه، وان استدل له الجواهر بقوله: حذراً من الترجيح بلا مرجح وصوناً لوصايا الميت عن التعطيل و حفظاً للمال عن التلف ولبقاء المال بلا ولي بعد فرض تعذر الاجتماع الذي هوشرط ولايتهما فينتفي المشروط

بانتفائه ويكون حينئذ وجودهما بمنزلة عدمهما ــ انتهى .

وفي الكل مالايخفى، وعن التذكرة انهمالاينعزلان بالاختلاف، وان الذين اقامهما الحاكم نائبان عنهما، وعن الدروس له عزل احدهما والضم اليه وليس له جعله منفرداً، الى غير ذلك من كلماتهم التي لايخفى مافيها ومقتضى القاعدة ان الحاكم يفعل الصالح، فان أمكن ذلك مع كليهما أواحدهما فعله لانه جمع بين ارتكاز الموصي بالعمل الصالح ووصيته والحاكم يقوم بالاول، اي ارتكاز المؤصي ، وان لم يمكن ذلك الا بعزلهما اوعزل أحدهما فعل ذلك ، لانه ولي من لاولي له ، و افسادهما للوصية حسب نظر الحاكم يدخل الامر في دائـرة ولايته والمناط في آية من خاف من موص جنفاً أواثماً، ولغير ذلك من الوجوه المؤيدة.

ومما تقدم من العمل بالصلاح للحاكم يظهر وجه النظر فيما ذكره الشرائع بقوله: ولواراد ــ اى الحاكم ــ قسمة المال بينهما لم يجز، وان ادعى الجواهر انه لاخلاف فيه ولااشكال، وعلله بأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في التصرف، اذ حيث ان الوصية لايمكن تطبيقها يرجع فيها الى الارتكاز الذي قد يشخصه الحاكم في التقسيم، وقد يشخصه في غيره .

قال في الشرائع: ولومرض احدهما ضم اليه الحاكم من يقومه، والمراد المثال ، اذكل مايعجز الوصي عن القيام حاله حال ذلك من عجز، أوسفر، أو سجن أوماأشبه ذلك وانما يلزم الضم لارتكاز الموصي الاثنينية فلا يقوم الباقي وحده، وانما لاحق للموصي في الضم لانه ليس ولياً، وانما الولي الحاكم .

ثم ان كان الذى لم يسقط عن القيام قادراً على العمل بالانضمام وشملته الوصية اليه ضم هو بنفسه الى نفسه، لانه مقتضى الوصية، ولاحاجة الى الحاكم.

أما اذا لم يقدر على الضم أو لم تشمله الوصية كانت النوبة للحاكم والحاكم انما يضم الى ذلك العاجز مع الامكان، اذ لا وجه لسقوط الميسور بالمعسور فيكونون ثلاثة اما مع عدم الامكان فيكون مايجعله الحاكم مكان العاجز فيكون اثنين .

وبذلك يظهر، ان من أطلق الاثنين أو الثلاث يلزم تقييد كلامه بما ذكرناه.

قال في المسالك: في تفسير كلام الشرائع ان الحاكم يضم الى المريض، أو العاجز شخصاً يقويه ويغنيه على التصرف ، لان مرضه وعجزه لايخرجه عن الوصاية فيعتبر اجتماع الثلاثة على التصرف لكن عن محكى الدروس اطلاق كون الضم الى الاخر بالعجز لا الى العاجز، بل عن الكفاية ان ذلك هو الاشهر ثم قال الشرائع: أما لو مات أو فسخ لم يضم الحاكم الى الاخر وجاز له الانفراد لانه لاولاية للحاكم مع وجود وصي.

وقال في الجواهر : ان هذا هو الذى ذهب اليه الاكثر على مافي محكى الشرائع للصيمرى والكفاية.

أقول : انما يتم ذلك اذا لم يكن ارتكاز الموصي الاشتراك ـ و يعرف ارتكازه عن العرف ـ والاكان اللازم الضم وعلة الشرائع لاتكفي لهذه الصورة.

أمـا لو شك كان الاصل اطلاق تصرف الوصي الباقي ، اذ تقييده بآخر حتى في صورة عدم ذلك الاخر خلاف الاصل، وكأنه لذا قال في الشرائع ـ بعد كلامه السابق ـ : وفيه تردد ، وعلله الجواهر بقوله : مما سمعت، ومن ان ظاهر الشرطية عدم رضى الموصي برأى أحدهما منفرداً والوصي انما هما معاً لا أحدهما منفرداً، فلابد ان ينضم اليه أمين ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده ومحكى ارشاده وتحريره والشهيدين وفاضل الرياض، بل هو المحكى

عن فخر الدين وجماعة .

أقول: قد عرفت ان للمسألة صوراً ثلاثاً، ومقتضى القاعدة في كلها، ثم ان قولهم بالضم الظاهر ارادتهم في الجملة ، فربما يرى الحاكم ضم اثنين الى العاجز أومكانه، لان كفايتهما ككفاية ذلك الساقط .

أما هل يصح ضم واحد مكان اثنين لكفايته بقدرهما ـ فيما كان الاوصياء ثلاثة فسقط اثنان منهم ـ يرجع الى مايستفاد من الارتكاز، بضميمة مايراه الحاكم صلاحاً، كما تقدم لزوم الجمع بينهما، الاول لمكان الوصية ، والثاني لمكان المصلحة .

ومنه يعلم انه كما للحاكم ضم الضميمة الى الوصي الواحد اذا رآى ذلك صلاحاً، كذلك له عزل أحدهما في الوصي المتعدد ، اذا رآى صلاحاً بدون ضم آخر مع الاول، فاشكال الرياض فيه من ان الموصي لم يرض برأى الاخر على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الامر اليه و الا لزم التبديل المنهي عنه في الشريعة ، غير ظاهر الوجه ، اذ عدم رضى الموصي كان في حال صلاحهما أما وقد ظهر فساد أحدهما أونحوه فليس متعلق الوصية الاثنين، وعليه فاذا لم يكن حاكم، ورآى الباقي الصلاح فى انفراده لفساد الاخر أو ما أشبه رجع الى عدول المؤمنين، ومع عدمهم يستقل هو بنفسه من باب الحسبة أو الارتكاز.

ولوقال الموصي: اعملا بالاجتماع أوالانفراد، كان تصرف كل واحد منهما ماضياً بأى حال ويحق لهما تقسيم المال أوما أشبه، كتولي كل واحد بعض ولده أوبعض وقفه، أوبعض صلاته وصيامه.

بل في الجواهر: بلا خلاف ولا اشكال ـ في الاجتماع والانفراد وتقسيم المال ـ والتقسيم يصح بالمماثلة والاختلاف، كل ذلك لشمول الوصية للكل،

كما تشمل ما اذا قال لاحدهما: يحق لك التصرف وحدك ، وقال للاخر : لا يحق لك التصرف الا مع الاخر، وكذا لوشرط الائتمار لثالث لهما أو لاحدهما و لو شرط الانفراد في كل منهما لم يحق لهما الاجتماع لانه خلاف الوصية، فاحتمال صحة الاجتماع لانه يصدر عن رأى كل منهما وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل منهما وهو حاصل ان لم يكن هنا آكد ـ كما في الجواهر ـ خلاف الفرض .

ولذا قال اخيراً: ان ذلك بمنزلة مالو نهاهما عن الاجتماع، فانه لا اشكال في اتباعه عملا بمقتضى الوصية المنهى عن تبديلها.

و لو علم بانه نهى أحدهما عن الانفراد ، كان مقتضى الاحتياط ان يعملا مجتمعاً، اذ لايعلم أى منهما نفوذ عمله اذا عمله منفرداً.

(مسألة ـ ٦ ـ) لااشكال ولاخلاف في ان لكل من الموصي والوصى رد الوصية ، لانها عقد جائز، كما تقدم تفصيل الكلام في هذه المسألة في شرح المتن، لكن في المقام صورتان قالوا فيهما بعدم حق الوصي في الرد .

الاولى : ما اذا كان الوصي ولداً، فقد قال: جمع بوجوب قبوله الوصية، لان عدم القبول عقوق، كما عن المختلف، ولبعض الروايات .

مثل ماروا‌ه‌المشايخ الثلاثة فيما عدا الاستبصار، عن علي بن الريان[رئاب خ‌ل] قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له ان يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له ان يمتنع[1] .

وقريب منه عبارة الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات[2] ، وتقدم في المسألة التاسعة في المتن ما يفيد ذلك من رواية الهمداني ، والمشهور على عدم الوجوب ، وانما القائل بذلك بالاضافة الى المختلف والصدوق،و ميل الرياض صاحب الوسائل والمستدرك ، قال ثالثهم : ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ولايمكن دعواه باطلاق عبائر الاصحاب بجواز الرد مطلقاً ، لعدم تبادر المقام منه جداً ،والمطلقات محتمل على القيد لاشتماله على شرائط الحجية .

أقول: أما استدلال العلامة بالعقوق فلا يخفى انه أخص، وهو أمر ثانوي لايمكن ان يجعل دليلا للمسألة، فهو مثل الاستدلال لذلك ولغيره من ذوي الارحام بانه صلة وخلافه قطيعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٠٢ الباب ٢٤ من أبواب الوصايا ح ١ . .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣ .

وأما الرواية فهي حجة في نفسها، وأخص مطلقاً، حيث يلزم حسب الصناعة تقديها ، الا ان اعراض الاصحـاب عنها ـ بدليل عدم استثنائه كما يظهر لمن راجع كتبهم ـ أوجب التوقف ، و كأنهم حملوهـا على نوع من التـأدب ككثير من الروايات الواردة في شئون الاباء والاولاد ، ولذا كان الاظهر حملها على الاستحباب .

ولذا قال الجواهر: لاتقاوم هذه الاطلاقات لتعدد نصوص الاطلاق واتحاد خبر التقييد واعتضاد المطلقات باطلاق الفتاوى .

ثم الظاهر عدم شمول ذلك لوصية الاب لبنته والام لولدها والاجداد، للاصل بعد عدم القطع بوحدة المناط حتى لوقيل به، كما قال أولئك وهل على القول بـالقبول لازم عليه ؟ وان لم يقبل ، أو يتوقف على قبوله ، فـاذا لم يقبل يأثم ولايكون وصياً اختار الجواهر الاول، لكن لايبعد استفادة الثاني من الرواية، حيث قال عليه السلام: ليس له ان يمتنع. وفي المقنع: ان يأبي ، فان العرف يرى ان ذلك يفيد الوضع .

وهل يتعدى الى الكافر والمخالف فيما كان ولدهما مؤمناً والى ولد الزنا بالنسبة الى الزاني؟ الاطلاق، وانه ولد حقيقة، ولذا يحرم نكاحه، الى غير ذلك من أحكام الاولاد ـ باستثناء مثل الارث ـ يقتضي الاول، واصـالة عدم اللزوم الا في المتيقن تقتضي الثاني والخنثى ـ اذا قيل بالاحتياط فيه بين تكاليف الرجال والنساء ـ يلزم عليه القبول .

ثم ان الموصي له ان يرد الوصية مـادام حياً ، بلا اشكال و لاخلاف ، بل الاجماع عليه ، ويدل عليه بالاضافة الى الاصل روايات مستفيضة :

مثل ما رواه ابن مسكان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين

عليه السلام ، ان المدبر من الثلث ، وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت[١] .

وعن يونس ، عن بعض أصحابه قال : قال علي بن الحسين عليه السلام : للرجل ان يغير وصيته فيعتق ما أمر بملكه ، ويملك من كان أمر بعتقه و يعطي من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت[٢] .

وعن عبيد بن زرارة قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي ان يرجع من وصيته ان كان في صحة أو مرض[٣] .

وعن بريد العجلي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً[٤] .

وعن علي بن سالم، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، فقلت له : ان أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ؟ فقال: خذ باخراهن، قلت: فانها أقل فقال: وان قلت[٥]. الى غيرها من الروايات .

لكن هل له جعل الرد بيد الوصي، مثل ان يوصي بوصايا، ثم يقول: ان شاء الوصي- بعدموتي- ان يزيد أو ينقص أو يرد؟ الظاهر ذلك، لانه من الوصية الواجب تنفيذها .

نعم، اذا رد هو، أو وصيه الواجب بقي واجباً ويذهب عنه الواجب الثاني بالوصية، كما اذا كان عليه دين فأوصى به ثم رده، فانه يجب اعطاء الدين من

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ٧٨ الباب من أبواب الوصايا ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٧ .

باب انه دين لامن باب انه وصية أيضاً ، واذا كانت الوصية شرطاً عليه أونذراً أو نحوه فردها، فالظاهرعدم الفائدة فى الشرط،لانه يوجب الوضع كماذكروا فيما لو شرط ان لايتزوج عليها ، حيث ذهب جمع الى بطلان الزواج الثانى لاستفادة ذلك من [عند شروطهم] أي لم يشرع الشارع التعدي عنه .

أما فى مثل النذر فالوصية بردها تبطل ، وان كان ذلك موجباً للحنث ، وكذا فى اليمين والعهد، ومخالفة الاب والزوج .

ولو علم الوصى بانه غير، لكن لم يعلم ماذا غير منها ، فان كان مسرحاً لقاعدة العدل اجريت والا كان المجال للقرعة، كما اذا أوصى إن يعطى زيدو عمرو كل واحدمنهما ديناراً ثم رد الوصية بالنسبة الى أحدهما ولم يعلم انه رد زيداًأو عمرواً ، فان الدينار يعطى لكليهما نصفين، لماذكرناه من ان ذلك حكم الماليات فى الموارد المشتبهة .

أما اذا اوصى بان يحج عنه ، وان يزار عنه مشهد الامام الرضاعليه السلام ثم سحب أحدهما ، فانه حيث لايمكن التنصيف يقرع بين الامرين لانهالكل أمر مشكل .

وكيف كان، فللموصى اليه انيرد الوصية، وانكان قد قبلها مادام الموصى حياً بشرطان يبلغه الرد كما فى الشرائع وغيره، بل فى المسالك قال بأن بطلانها مشروط بأن يبلغ الموصى الرد ، فلو لم يبلغه لزمت ، كما لورد بعد الوفاة و ظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم ــ انتهى .

أقول: ويدل على عدم قبول الرد اذا لم يبلغ الموصى الرد بعض الروايات وهى و ان كانت منافية لقاعدة سلطنة الناس على أنفسهم ، لكنه ثبت بالنص و الفتوى .

نعم الظاهر ان ذلك في غير الماليات وغير العسر والضرر، اذ المنصرف من النص والفتوى العمل الجسدي لاالمالي ، فاذا اوصى ان يعطي زيد ديناراً عنه كان له الرد ،كما انه اذا اوصى بما يضره او يعسر عليه كان له الرد لتقدم قاعدة لاحرج[1] ولاضرر[2] على الاحكام الاولية، كما انه لايستبعدان يكون له اخذ الاجرة في ما ليس له الرد اذا كان القيام بالعمل الجسدي له اجرة عرفاً ، وذلك جمعاً بين الحقين الحق الثابت شرعاً بوجوب القيام عليه،والحق الثابت بمقتضى الناس مسلطون على انفسهم[3] اذ لادليل على اكثر من وجوب العمل بالوصية عليه اما ان يكون ذلك مجاناً فلا .

فعن محمد بن مسلم، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: ان اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته،وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل، وان شاء لم يقبل[4].

وعن الفضيل بن يسار ، عن ابي عبدالله عليه السلام، في رجل يوصى اليه قال عليه السلام: اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه[5].

وعن منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا أوصى الرجل الى أخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته، لانه لو كان شاهداً فأبى ان يقبلها طلب غيره[6].

---

(١) الأحزاب : آية/٥٠ .

(٢) الكافي : ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨ .

(٣) البحار : ج ٢ ص ٢٧٣ ح ٧ .

(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ١ . .

(٥) الوسائل : ج ٢ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢ .

وعن الفضيل، عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: في الرجل يوصي‌اليه؟ قال عليه السلام : اذابعث اليها من بلد فليس له ردها.[١]

والرضوي عليه السلام، قال: واذا أوصى رجل الى‌رجل وهو شاهد ، فله ان يمتنع من قبول الوصية ، فان كان الموصى اليه غائباً ، ومات الموصى من قبل ان يلتقي مع الموصى اليه، فان الوصية لازمة للموصى اليه.[٢] وعن‌الصدوق في المقنع مثله.[٣]

أماماروا‌ه هشام بن سالم، عن أبي‌عبدالله عليه السلام ، في الرجل يوصي الى الرجل‌بوصيته فيكره أن يقبلها؟ فقال أبوعبدالله عليه السلام لايخذله على هذه الحال .. فالمراد بها:[٤]

أماماتقدم بتقييدها بذلك، ولذا ذكرها الوسائل فى هذا الباب، أو المراد كراهة رد الوصية مطلقاً .

و مما تقدم ظهر وجه رواية الدعائم بلزوم حملها على اللزوم ، خصوصاً وفيها قرائن على ذلك .

فقد روى،عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام،انه‌قال: من أوصى الى‌رجل‌فالموصى اليه بالخيار في‌ان يقبل أويردها اذا كان حاضراً، فان ردها بحضرة الموصى‌لم يلزمه، وان كان قد أوصى‌اليه وهوغائب ثم‌مات الموصي فليس ينبغي‌للموصى اليه أن يرد الوصية، وقدمات الموصي وصار حقاً من حقوق الله عزوجل.[٥]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣ .

(٤) الوسائل : / ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٤ .

(٥) دعائم الاسلام : ج ٢ ص ٣٦١ ح ١٣٧١ .

ومع ذلك كله فقد أختار الفاضل في محكي المختلف والتحرير والشهيد في المسالك جواز الرد مطلقاً مالم يقبل، قال الثاني: عملا بالاصل وبدفع الضرر المنفى بقوله تعالى : «ماجعل عليكم فى الدين من حرج»[1].

وقوله صلى الله عليه و آله وسلم : لاضرر ولاضرار[2]. وحمل أخبار الباب على حصول القبول أولى ، لانه عقد فلابد فيه من القبول .

والحق ان هذه الاخبار :

وصحيحة محمد بن مسلم والفضيل، ورواية منصور بن حازم وحسنة هشام، ليست صريحة في المدعي لتضمنها ان الحاضر لايلزمه القبول مطلقاً ، والغائب يلزمه مطلقاً وهو غير محل النزاع .

نعم، فى تعليل الرواية المتقدمة ايماء الى الحكم ، الا ان اثبات مثل هذا الحكم المخالف للاصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر ، وتسليط الموصي على اثبات وصيته على من شاء بحيث يوصي ، ويطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته، ويدخل على الوصي الحرج والضرر غالباً بمجرد هذه العلة المستندة الى سند غير واضح بعيد، ولو حملت هذه الاخبار على سبق القبول ، أو على شدة الاستحباب كان أولى ـ انتهى .

أقول: حيث ان الحكم على خلاف القاعدة لزم الاقتصار فيه على مورده من غيبة الموصى، وعدم بلوغه الرد، وعدم كون الوصية تحميلا عليه ولاعسراً وموت الموصى قبل الالتقاء بالموصى اليه .

---

(١) الحج : آية/٧٨ .

(٢) الكافي : ج ٥ ص ٢٨٠ ح ٤ ـ التهذيب : ج ٧ الرقم ٥١٤٦ ـ ٦٥١ .

أما الاول: فللنص .

وأما الثانى : فلانه لما يشمله العلة فى خبر منصور .

وأما الثالث: فللانصراف عن مثله ،كما اذا أوصى أن يعطى الموصىاليه من كيسه دين الموصى، أوأن يقضى صلاته أو ماأشبه .

وأما الرابع: فلادلته.

وأما الخامس: فلانه لو التقىبه لميشمله للعلة فىخبرمنصور، لامكانطلب الغير مع الالتقاء ، وقد ذكره الرضوي أيضاً ، أما هل يتعدى عن مورد النص بأخذ قوله عليه السلام : لانه لوكان شاهداً الخ علة، فاذا كان حاضراً لم يمكنه غيره ، او لم يمهلـه الاجل ان يوصى الى غيره او ما اشبه ذلك، لاحكمة ، احتمالان .

وان كان مقتضى غلبة ذكر الحكم فى الروايات لا يبقى وثوقا بالعلية مع ان الحكم على خلاف القاعدة .

ولذا قال فى الجواهر: ان المنساق من التعليل ارادة بيان واقع ، فهوشبه الحكمة، لاان المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره، ضرورة عدم لزوم طلب غيره، اذ قد لايريد وصية غيرهذا الذي ردها، فاستصحاب بقاء الردبماله حينئذ من غيرفرق بين المتمكن وغيره منحيث البينة وغيرها .

أقول: ويؤيد عدمكفاية الوصيةمطلقاً فىالالزام ولوبكتمانها حتى يموت مما يشعر به وصية فاطمة (سلام الله عليها) الى علي عليه السلام ، وقولها له انه ان لم يقبلها أوصت الى غيره، فانه لوكانت الوصية لازمة ولوبكتمانهاكانت اوصت بدون اعلامه، فاذا توفيت كانت لازمة عليه فتأمل .

ومنه يعلم، وجه النظر فى قول الجواهر بصحة الوصية لمن يعلم بعدم رضاه بقبولها لو علم مع اخفائه الى أن مات الموصى، بل لو ردها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرد ثم أوجب الموصى بعد الايجاب المردود، ثم اخفاه الى أن مات، اتجه لزومها له، لعدم العبرة بها فى نفسه، بل يمكن ذلك لو صدر منه مايقتضى الرد مع عدم علمه بالايجاب لكن يقوى فى النظر خلافه .

اما مارواه الكافى والتهذيب، عن سعد بن اسماعيل، عن ابيه قال: سألت الرضا عليه السلام ، عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه واخوين شهد الابن وصيته، وغاب الاخوان، فلما كان بعد ايام ابيا أن يقبلا الوصية مخافة ان يتوثب عليهما ابنه فلم يقدرا ان يحلا بماينبغى، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم ان يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه ، وقد اشترطا عليه ابنه وقالا : نحن براء من الوصية ونحن فى حل من ترك جميع الاشياء والخروج منه [ويخرجا منه: يه] ايستقيم ان يخليا عمافى ايديهما، وعن خاصته؟ فقال : هو لازم لك فأرفق على اى الوجوه كان فانك مأجور لعل ذلك يحل بابنه .[1]

فلعل الظاهر منه ان ضمير [لك] خطاب لابن العم الملتزم، لا لاحدهما ، فالمراد ارفق بكفاية الابن لاان الوصية لازمة ، وان فقدت شرط الوصى ، ولو احتملت غير هذا الاحتمال كانت الرواية مجملة يرد علمها الى اهلها عليهم السلام .

ثم اذا اوصى ولم يقدر الوصى على التنفيذ، أو لم يرد بعد ان كان له حق الرفض، كان اللازم على الحاكم الشرعى ان ينفذها، لانه ولي القاصر .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٦ .

نعم ، الظاهر اخذ الأجرة اذا احتاج التنفيذ الى اجرة من يعمل بها ممن يجعله الحاكم مكانالوصي المجمع بينالحقين، ولاوجه لاخذها من بيتالمال والله سبحانه العالم

ثم الظاهران الرد يكفي فيهاللفظ والكنابة والاشارة ولومن غيرالاخرس لصدق الرد على كل ذلك، وفي الوصية التي تمليك لايملك الا اذا رضي لما تقدم في أول الكتاب من اصالة عدم دخول شيء في ملك الانسان بدون رضاه لانه خلاف تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم[1] والوصية العقدية بحاجة الى القبول، اذلايتحقق العقد بدون القبول فراجع أول الكتاب .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(مسألة ـ ٧ ـ) هل تصح الوصية الى العاجزعن نفوذهامطلقا؟ بأنلايقدر بنفسه ولابوكيله مطلقاً، أيولايقدر نفوذالبعض منالوصية متعلقاً وزماناً،الظاهر العدم لانصراف الادلة عن مثله .

ومنه يعلم العجزعن بعضها زماناً أومتعلقاً أومباشرة، حيث لاتصحالوصية بالنسبة الى ذلك ، فاذا كان عاجزاً عن التنفيذ في الصيف من كل عام لابنفسه ولا بوكيله ، أو عاجزاً عن تنفيذ نصف الوصية كما اذا أوصاه بالتصرف في كل أمواله وهو لايقدر عن التصرف الافي نصفها ، وفي النصف الاخر يعجز مباشرة وتسبيباً ، أو عاجزاً عن المباشرة في متعلق الوصية، وان كان قادراً على التوكيل ونحوه، لمتصح بالنسبة الى القدر العاجز .

فاذا اوصىاليه في الكل، أوفي جميع الازمنة، أوفي الاعم من المباشرة، بطلت بالنسبة الى القدر العاجزمنها فيكون الميت كلا وصي بالنسبة اليذلك فيجعل الحاكم للوصي مساعداً ينفذ ذلك، اذا لم تكن الوصية مرتبطة بعضها ببعض بنحو التقييد والابطلت مطلقاً، وجعل الحاكم وصياً .

قال في الدروس : من الشرائط كفاية الوصي ، فلوأوصى الى هرم يعجز عن التصرف، أو الى مريض مدنف، أو الى سفيه، ففي بطلانها من رأس ، أو صحتها ويضم الحاكم مقوماً نظرينشأ من وجوب العمل بقوله: ماامكن ، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصية .

أقول: الظاهر انه لاوجه للترديد ،كما لاوجه لقوله : ولوعرض العجز في الاثناء ضم الحاكماليه قطعاً ولاينعزل، اذ العجزالواقعي كان مانعاً عن الوصية واقعاً ، وجهل الموصي لايجعل الحكم على خلاف الواقع ،كما لواستأجره لخياطة أثوابه فعجزفي الاثناء، أمامن ذكروا الضم مع العجزكالشرائع وغيره

بل عن التذكرة وجامع المقاصد الاجماع على عدم الانعزال بالعجز، فكأنهم أرادوا العجزفي الجملة ممايتعاون أيضاً بعدعجزه في الرأى والوجاهة ومأشبه لأن ذلك هو المنصرف من كلامهم ، والافهل يقول أحد بصحة الوصية الى مقعد بأن يمشي برجله الى زيارة أحد الائمة عليهم السلام ؟

ثم الظاهرانه اذا جعل الحاكم انساناً بضميمة العاجزتكون الولاية بينهما اذ الوصي ولي مجعول والحاكم وليشرعي فيجتمعان، وكذا اذا لميقدرالاب والجد من الادارة الكاملة للاولاد فضم اليهماالحاكم، حيث ان الولاية بينهما تكون بالاشتراك، فقول الجواهر: ان الولاية بتمامها للوصي، ولكن يضم اليه مساعداً على ماكلف به، لعدم معهودية شركة الحاكم وغيره في الولاية ، غير ظاهر الوجه، لانه مقتضى القاعدة وعدم المعهودية لايقاومها .

ثم اذا لم يكن حاكم ، فان علم من الشرع ارادة ماأوصى بـه قام عدول المؤمنينمقامه لماذكروهناك، والالميلزم عليهم ،كمااذا أوصىان يقرأالوصي عنه كل يوم ختمة قرآن في قبال أخذه الاجرة من ماله فرض الوصي بمالايقدر الاقرائة نصف ختمة ، فانه لادليل على لزوم الاتمام على عدول المؤمنين .

ومنه يعلم، وجه النظرفي اطلاق قول الجواهر، بل ان لميقم اجماععلى اعتبار الضم من الحاكم امكنالقول بوجوبه كفاية على الناس للامر بالمعاونة على البروالتقوى وغيره ممادل على ذلك .

ثم انه ان زال العجزعن الوصيرجع الىكامل وصايتهوانسحب الحاكم وذلك لانـه مقتضى اطلاق الوصية ، ولعل قول جامع المقاصـد ان فى ذلك وجهين، انماأراد مالم يكن للوصية اطلاق، فيستصحب ولاية الحاكم بعدزوال العجز .

ومما تقدم ظهر، حال ما اذا جعل الميت ناظراً على الوصي أوقيماً على أولاده فعزعن المباشره ، أوعن النظر ، أوعن بعض أحدهما أوبعضهما ، فان الحاكم يجعل بقدر ماعجز لا أكثر.

ثم انه قد تقدم أعطاء الحاكم الاجرة لمن يجعله، فاذا كانت الأجرة توجب فوت معظم الوصية سقط الجعل، كما اذا كان ثلثه عشرة وقد قبل الوصي ان يقرء قرآنا بهاثم عجز الا عن نصفه والخمسة الباقية لاتكفي الا عن قراءة سورة مثلا، مما لايعد ميسوراً من نصف القرآن ، فالظاهر سقوطها وصرفه في وجوه البر لارتكاز الوصي كما ذكروا في الوقف .

ويؤيده مارواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن مسلم قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام : الابواب الباقية اجعلها في البر[1].

ولو دار الامر بين قراءة الوصي نصف القرآن بخمسة والخمسة الاخرى تصرف في البر، أوقراءة غيره كل القرآن بعشرة ، حيث لايوجد من يقرء نصفه بخمسة لوحظ ارتكاز الموصي في الترجيح ، فان لم يكن ارتكاز تخير الحاكم بينهما .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١ من أبواب الوصايا ح ١ .

(مسألة ـ ٨ ـ) اذاظهرمن الوصي خيانة ، فان امكن انضم اليه فى رفعها ضم ، وذلك لعدم اشتراطنا الوصاية بالعدالة حتى يقال : بانـه ينعزل تلقائياً ، وانمـا نقول بالضم لانه جمع بين ارادة الموصي وبين حفظ الوصية الواجبة على الحاكم ، حيث انه ولي القاصر ، لكن انما يكون الضم اذا لم يكن أكثر مؤنة من الخيانة .

مثلا: ان الوصي يخون في كل مأة واحداً بينما تكليف اجرة الضميمة اثنان فانه لاوجه للضم حينئذ ، وان لم يمكن الضم في رفعها عزل الوصى واقام غيره مكانه ، لانه ولى القاصر كما تقدم، ويستثنى من المقام ، مثل المستثنى فى الفرع الاول ، فانه اذاكان جعل انسان جديد يكلف أكثرمن الخيانة لم يكن دليل على الجعل مثلا: كانت الخيانة عشرة واجرة الوصى خمسة ، أما اذا جعل آخر كانت اجرته عشرين .

ومنه يعلم ، الحال فيما اذا لم ينفع الضم ، أو الجعل فى رفع الخيانة ، حيث قدرة الوصى على مثل تلك الخيانة حتى مع الضم والجعل .

نعم ، اذا صارت اخف بأي منهما ضم وجعل ، ومنه يعلم وجه النظر فى اطلاق جملة منهم المحقق ، حيث قال وان ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ويقيم مكانه اميناً، ويؤيد الحكم بالاضافة الى القاعدة ماورد فى قوله سبحانه « فمن خاف من موص جنفاً »[1] فراجع الوسائل باب ان من حاف فى الوصية فللموصى ردها الى الحق .[2]

---

(١) البقرة : آية/١٨٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١ .

ويؤيده مارواه المستدرك في باب نوادر الوصايا ، عن الدعائم ، عن علي عليه السلام ، قال لا يزيل الوصى زوال العقل أو ارتداد أو تبذير أوخيانة أوترك سنة .

نعم ، اذاكان جعل الوصي بعنوان امانته أوعدالته كانت الخيانة موجبة لسلب الوصية لفقد العنوان ، ثم اذا خان الوصى مماعزله أوضم اليه، فاذا ذهبت خيانته رجعت اليه الوصاية ، لانه المركوز في اذهان الموصين الذي يجري عليـه الوصية فاطلاق الوصية يشمله .

نعم اذا لم يشمله الاطلاق كان استصحاب الانعزال أو الانضمام محكماً ، ويأتى في المقام المسألة السابقة بأن كان النصب للجديد أوالضم أكثر مؤنة من الخيانة ، حيث لاوجه لهما حينئذ .

(مسألة ـ ٩ ـ) الوصى أمين لايضمن مايتلف في يده أومايشتبه فيه الا اذا كان بتعداوتفريط ، فاذا تلف بدونهما أواشتبه اشتباهاً متعارفاً كمااذا آجرالدار بمأة ثم ارتفعت القيمة الىمأتين،حيث لو كان يعلمذلككان الايجار بالمأةخلاف الموازين لـم يضمن ، لانه ليس مأموراً باتباع علم الغيب ، ولاخيار لـه فى الغبن ، لانه وقت الايجار لم يكن غبناً ، بل معتدلا ، وانما ارتفعت القيمة مثلا فجئة .

والحاصل : انـه مأمور ان يعمل حسب الموازين ، فاذا عمل بها لم يكن ضمان.

وفى الجواهر عند قول المصنف: الوصي أمين بلا خلاف أجده فيه بل في جامع المقاصد نفيه بين أهل الاسلام، وكذا ادعى عدم الخلاف في ذلك المسالك.

ولوشك عند ارادة التصرف ، هل هو تصرف حسب المتعارف أملا ؟ لم يحق له الا بعد تحقق تعارفه، فلو عمل والحال هذه فظهر ضرر أو نحوهكان ضامناً، ولا يلزم تحرى الافضل، بل المتعارف، لان الوصاية ليست بأكثر من ذلك، و حيث قد عرفت ان اللازم التعارف، فاذاكان المتعارف احتمال الضرر ، لكن العرف يقدم لم يكن به بأس،كما اذا كانت التجارة بالمال في البحر خطيراً، لكن العرف يقدم على ذلك صح له ذلك، وان تلف لميضمن ، وكذا اذا كان اجراء العملية على الطفل من القيم خطيراً ، لكن الاباء يقدمون على ذلك من باب الاهم والمهم، صح له الاقدام، ولوتلف الطفل لميضمن، ولوتلفالطفل بدون تعارف الاقدام فهو ضامن لديته، ولواعطى الصوم والصلاة والحجلغير الثقة فلم يعمل ضمن والا لميضمن اذ المطلوب حصل، ولواعطاه للثقةظاهراً

فظهر انه لم يعمل لم يضمن لانه عمل بتكليفه فلا وجه لضمانه، ومادل عليه بعض النصوص من الضمان يحمل على غير المتعارف.

مثل مارواه سعيد الاعرج ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل يوصي بنسمة فيجعلها الوصي في حجة؟ قال: فقال: يغرمها ويقضي وصيته وقريب منه مارواه أبو سعيد[1].

وعن محمد بن مارد قال: سألت أباعبدالله عليه السلام، عن رجل أوصى الى رجل وامرأة ان يعتق عنه نسمة بستمأة درهم من ثلثه فأنطلق الوصي فأعطى الستمأة درهم رجلا يحج بها عنه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: أرى ان يغرم الوصي ستمأة درهم من ماله ويجعلها فيما أوصى الميت في نسمة.[2]

أقول: ومن الضمان مالو كان ميسور للوصية فجعله في غير الميسور من وجوه البر، مثلا: أوصاه بذبح خروف لاطعام الفقراء فكانت اكثر من الثمن المجعول ، فانه يجب عليه جعله في نصف خروف مثلا بالاشتراك ، لافي بناء المسجد لانه أقرب الى ارتكاز الموصي.

ويؤيده ما رواه علي بن مريد ، قال: أوصى الي رجل بتركته فأمرني ان أحج بها عنه فنظرت في ذلك، فاذا هي شيء يسير لايكفي للحج، فسألت أبا حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بها عنه [الى ان قال]: فلقيت جعفر بن محمد عليه السلام، في الحجر فقلت له : رجل مات وأوصى الي بتركته ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فلم يكف للحج ، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدق بها؟ فقال عليه السلام: ماصنعت؟ قلت : تصدقت بها ، قال عليه السلام: ضمنت الا ان لايكون يبلغ مايحج به من مكة، فان كان لايبلغ مايحج

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٢٠ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٩ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ١ .

به من مكة فليس عليك ضمان ، و ان كان يبلغ ما يحج بـه من مكة فانت ضامن.[١]

ومما تقدم يظهر ، حال مثل ركوب الدابة والسيارة وسكنى الدار ولبس الثوب و استخدام الطفل و غير ذلك ، فانها كلها ان دخلت في المتعارف لم يضمن والا ضمن، فانكان عالماً عامداًكان من الخيانة، والا كان الضمان فقط، و قديكون خيانة دون ضمان، كما اذا عمل بالولد عملا سيئاً، فبين الامرين عموم من وجه، والى ماذكرناه ينظر الشارحان للشرائع في أمثلة ذكراها.

أما قول الجواهر : و الظاهر ان من التفريط التكاسل فى أمر الوصية و التهاون، فهو كذلك ان عد عرفاً تفريطاً، لان لهما مراتب كما لايخفى .

وهل التفريط في البعض يوجب الخيانة المطلقة، اوفى نفس ذلكالبعض مثلا: أوصى اليه بداره وبستانه ، لكن يفرط فى البستان دون الدار؟ احتمالان، وان كان لا يبعد ان يكون كلشيء بحسبه ، فاذا لم يكن عن عمد عين الحاكم غيره أو معه في البستان شخصياً ، وان كان عن عمد، فان قلنا باشتراط العدالة شرطاً أوتقييد الموصي له بها عزل لفقد الشرط ، وان لم نقل باشتـراطها ولم يقيدها الموصي بها لم يعزل، بل يعين الحاكم غيره معه ، أواستقلالا بالنسبة لى البستان مثلا.

ومما تقدم من ان مقتضى الوصية العمل حسب المتعارف فى كل الشؤن جاز للموصي ببيع وشراء ورهن وغيره بالنسبة الى ماله ، سواء لنفسه أولغيره، كما يجوز له أخذ دينه الذى على الميت و اعطاء دين الميت من نفسه له أو

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤١٩ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .

لغيره، الى غير ذلك ، فلاوجه للتفصيل الذى ذكره الشرائع قائلا : ولو كان للوصى دين على الميت جاز ان يستوفى دينه مما فى يده من غير اذن الحاكم اذا لم يكن له حجة وقيل يجوز مطلقاً .

أقول: وهذا هو الذى اختاره الشهيدان، بل فى الجواهر هو الاقوى، ولا يعارض ذلك الاالاشكال فى انه كيف يتوحد البائع والمشترى فى اجراء الصيغة والا بعض الروايات :

مثل مارواه المشايخ الثلاثـة في ماعدا الاستبصار ، عن بريد بن معاوية، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: ان رجلا أوصى الي فسألته ان يشرك معي ذا قرابة له ففعل وذكر الذي أوصى الي انه له قبل الذي اشركه في الوصية خمسين ومأة درهم [خمسمأة درهم : يه] عنـده ورهناً بها جاما من فضة، فلما هلك الرجل انشاء الوصى يدعي ان له قبله اكر ارحنطة ؟ قال عليـه السلام: ان أقام البينة والافلاشيء له، قال: قلت له: ايحل له ان يأخذ مما في يديه شيئاً؟ قال: لايحل له، قلت: أرأيت لو ان رجلا عدا عليه فأخذماله فقدر ان يأخذ من ماله ماأخذ أكان ذلك له؟ قال عليه السلام : ان هذا ليس مثل هذا.(١)

ويرد على الاول: انه لامانع منه، اذ لادليل على لزوم الاثنينية في العقد، كما قرر في محله.

وعلى الثاني : ان الكلام فى الرواية حول الدعوى على الميت لمن هو وصي الميت ، فان الشريك يريد الاخذ من مال الميت باجازة الوصي الاخر أوبسكوته، وهذا غير استيفاء الانسان حقه من مال الميت أوالحى، وقد اشار الامام عليه السلام الى ذلك بقوله: ليس هذا مثل هذا، ولذا قال فى الجواهر:

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٩ الباب ٩٣ من أبواب الوصايا ح ١ .

وخروج الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لاحدهما الاستقلال بالتصرف من دون اذن الاخر الذي ليس له اجازة هذا الاخذ من دون اثبات ـ انتهى.

ومن ذلك يعلم، حال الاجنبي الذي يطلب من الميت فانه اذا تمكن من ماله عليه جاز له أخذه منه ولو بدون اثبات، أواذن حاكم اذا لم يكن محذور خارجي ، فاذا كان يطلب زيد من الميت ديناراً ووجد من مال الميت ديناراً حق له الاخذ عرفاً والشارع لم يمنع عنه، ولادليل على التفصيل بين امكانه اثباته فلايحق له وعدمه فيحق له ، كما لادليل على التفصيل بين امكانه الاجازة من الحاكم، فلايحق له بدون الاجازة، وبين عدم امكانه ذلك فيحق له .

لايقال: هذا الدينار مشترك كسائر أموال الميت بين الدين والورثة ، ولا يحق التصرف في المال المشترك الا برضى الشريك.

لانه يقال : الدين مقدم على الارث، قال سبحانه : «من بعد وصية يوصي بها أودين»[1] ومثل ذلك ما اذا أوصى الى زيد وعنده بقدر الوصية أوظفر به، فانه لادليل على لزوم رخصة الورثة أواجازة الحاكم وان كان كلاهما سهلا.

نعم، ذلك احتياط ، وربما يؤيد ماذكرناه بادلة المقاصة ، حيث اطلقت التقاص، وبقوله: «ماعلى المحسنين من سبيل»[2] وبقوله: «فمن اعتدى عليكم»[3] و غير ذلك من العمومات .

---

(١) النساء : آية/١١ .

(٢) التوبة : آية/٩١ .

(٣) البقرة : آية/١٩٤ .

(مسألة ـ ١٠ ـ) يجوز للوصي ان يشترى ويبيع ويهب بعوض وغيرذلك من اصناف المعاملة بالنسبة الى مال الميت، وهذا هو المشهور فيماذكروه من البيع وغيره مثله، لان الحكم في الجميع واحد، خلافاً لما نقل عن الخلاف والحلي، حيث منعوا عن ذلك، ويدل على المشهور اطلاق الأدلة ، وانه ولي فلايمنع عن عمله الذي فيه الصلاح ، أوعدم الفساد .

ويؤيده ماروواه المشايخ الثلاثة في غير الاستبصار ، عن الهمداني قال : كتبت مع محمد بن يحيى، هل للوصي ان يشترى من مال الميت اذابيع فيمن زاد يزيد ويأخذ لنفسه؟ قال عليه السلام : يجوز اذا اشترى صحيحاً[1].

ويؤيده مادل على اشتراء الأب من مال ولده، وانه يجوز في النكاح،ففي المقام أولى للاحتياط في النكاح بمالايحتاط مثله فى المقام .

أما دليل من خالف فهو وجوب التغاير بين الموجب والقابل ، وهو في المقام مفقود ، وبأنه معرض الغبن والضرر .

وبما روى عن ابن مسعود ، من ان رجلا أوصى الى رجل ببيع فرس له فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك[2].

قال في محكى الخلاف ـ بعد ان حكي ذلك عن ابن مسعود ـ: ولايعرف له مخالف .

وبماورد من المنع عن شراء الوكيل لنفسه فمناطه جار في الوصي،وفي الكل مالايخفى، اذلادليل على لزوم التغاير بينهما، فيشمله عقود كم المستفادمن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٥ الباب ٨٩ من أبواب الوصايا ح ١ .

(٢) الخلاف : ص ٨٦ السطر ١٥ .

[أوفوا بالعقود][1] ومعرضية الغبن ممنوع أولا، ومتداركثانياً، ورواية ابن‌مسعود ليست حجة، بالاضافة الى ضعف دلالتها .

وقدعرفت ان المشهور على الجواز، فلوسلم لاخلاف الخلاف فهومهدوم بمخالفة المتأخرين له ، والمنع في الوكيل لايعلم مناطه بالاضافة الى انه في الوكيل أول الكلام .

ولذا قال في الشرائع : وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد والاشبه الجواز، وأيده الشارحان وغيرهما، نعم ، قال: بعد ذلك اذا أخذ بالقيمة العدل وأضاف الجواهرولم يكن ثمةمن يزيدعليه لوجوب مراعاةالمصلحة في ذلك،خصوصاً بعد قوله تعالى : « ولاتقربوا مال اليتيم الابالتي هي أحسن »[2].

أقول :كأنه قيد يستغنى عنه، اذ لوكان هناك من يزيد لايسمي القيمة عدلا، والالازم قيد وان لايكون لليتيم حاجة ، وغير ذلك من القيود المستغنى عنها، ثم لواشترى بقيمة غبنية ، فهل البيع باطل ، أو هناك خيار غبن ؟ احتمالان من النهـي في الآية المستتبع للوضع عرفاً ، ومن انه لايزيد عن سائر المعاملات الغبنية،فاللازم عليه الفسخ ، وان لم يفسخ أجبر عليه، لايبعد الاول، وان كان للثاني وجه .

ثم اذا غبن اليتيم وقلنا بعدم البطلان فبلغ وأجاز كفى، وان تغيرت القيمة بماصار فى‌مصلحة اليتيم، فالظاهرعدم لزوم‌الفسخ، ولامجال لاستصحابه لتبدل أركانه، واذا اشترى منه بماغبن هو لجهله بالقيمة حق‌له الفسخ، وفى بقاءخيار المجلس مطلقاً، لان الموجب والقابل‌واحد فلاافتراق‌احتمال، وان كان‌الظاهر

---

(١) سورة المائدة : آية/١ .

(٢) الاسراء : آية/٣٤ .

عدمه من جهة استفادة عدمه من الادلة ، أو على الاول ، لااطلاق للخيار يشمل مثل المقام ، فاللازم الاقتصار فيه على المتيقن .

قال في الشرائع: واذا اذن الموصى للموصى ان يوصى جاز اجماعاً .

وقال في المسالك : لاخلاف في جوازه .

وقال في الجواهر: الاجماع بقسميه عليه ، وذلك لاطلاق أدلة الوصية ، ثم قد يوصي الوصي عن نفسه، وقد يوصي عن الموصي .

ففي الاول: يجوزله عزله، وفي الثاني يتبع قدر الوصاية، مثلا : قال له : أوص عني ولك عزله، فان له عزله لاطلاق دليل الوصاية الشامل للمقام .

أما مايظهر من الجواهر من نوع تردد فيه ، قال : وهل يجوز نصب وصي عن الموصي مع التصريح من الموصي بذلك وجهان لايخلو أولهما من قوة .

فلعل وجه الاخر انصراف ادلة الوصية الى نصب الشخص نفسه .

ومنه يعلم ، وجه احتمال عدم صحة الوصية اذا قال لغيره: أوص عني ولم يعلم ماذا أوصى، أما اذا علم فلا اشكال فيه، وقد تقدم صحة الفضولية اذا اجازها لكن الكلام هنا فيما لم يعلم ماذا قال عنه ، وجه عدم الصحة انصراف الادلة ، وانه غير عقلائي والغرر، وقد نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر [(١)] ، لكن يمكن ان يقال: لاوجه للانصراف، فانها وصية فهو مثل ما اذا لم يعلم ماذا في صندوقه، وقال: اعطوه بعدي للفقراء، اذ لاوجه لعدم صحته، وهو عقلائي ولاغرر في مثل ذلك ، فان من أراد الوصية بثلثه في أبواب البر لايفعل وصيه

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ .
انظر كنز العمال : ج ٢ ص ٢٢٩ ـ دعائم الاسلام : ج ٢ ص ٢١ ح ٣٤ .

أكثرمن ذلك فلا يطلق عليه الغرر .

ثم انه اذا أوصى زيد الى عمرو بوصية فنفذ عمرو كل الوصية ، فلا كلام وان لم ينفذ فهو على ثلاثة أقسام :

الاول: ان يصرح الموصى للموصي بأن يوصي من بعده الى غيره، ولا كلام في صحة ذلك لاطلاق الادلة .

الثاني : ان يصرح بعدم حق له، ولا كلام أيضاً .

الثالث : ان يطلق ، فهل للموصي ان يوصي الى غيره بأن يعمل بعده بما تركه من الوصية، أماعمداً ، أولانه كان وصياً على الاطفال فلم يكملوا أو على غله تتجدد كل عام أو ماأشبه ذلك ، الظاهر ان له حق الوصية وفاقاً للشيخ ، ولابني الجنيد والبراج، خلافاً لما نسب الى الاكثرمن عدم الجواز، فاذا وصى كان لغواً، وانما يرجع الامر بعد الوصي الى الحاكم الشرعي لانه وصي من لاوصي له للاطلاقات .

وللرواية الخاصة ، عن علي عليه السلام كما تقدم في الشرح ، لنا ان اطلاق كونه وصياً يشمل الاستنابة في حياته بالوكالة ونحوها وبعدها بالوصاية فانه المركوز في اذهان المتشرعة وللسيرة ، فان الاوصياء يعينون أوصياء لهم .

ولمكاتبة الصفار في الصحيح الى أبي محمد الحسن عليه السلام ، رجل كان وصي رجلا فمات واوصى الى رجل ، هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله[(١)] .

والظاهر ان [يلزمه] أي الوصي للوصي [بحقه] أي بحق الموصى الاول

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٦٠ الباب ٧٠ من أبواب الوصايا ح ١ .

على الوصى الاول [ان كان له] أي للموصى الاول [قبله] أي قبل الوصى الاول فهي ظاهرة في المسألة، ولذا استدل بها بعضهم فلا وجه للاحتمالات التي ذكروها مثل :

١ ـ يلزمه الوفاء بحقه ان كان مؤمناً .

٢ ـ أو يلزم الوصى الثانى ان ينفذ وصية الموصى الاول بسبب حقه الذى على الوصى الثانى، لانه كان له ، أى للاول عليه حق من حيث الوصية فيجب على الثانى انفاذ كل حق على الاول .

٣ ـ أو ان كان للموصى الاول قبله، أى الموصى الثاني حق من جهة وصيته اليه بالايصاء لزمه الوفاء به والا فلا يكون المراد بالحق حق التوصية الى الوصى الثاني بأن صرح بالوصية .

ومما تقدم يظهر، ان الاستدلال لقول الاكثر باصالة عدم حق له فى ذلك ، واصالة عدم الزام هذه الوصية للوصي الثاني، واصالة عدم اطلاق الوصية الاولى بحيث تشمل الوصية الثانية ، وبأن ظاهر الوصية المباشرة خرج منها الاستنابة حياً وبقى الباقى ، وبأنه داخل فى قوله سبحانه : « فمن بدله » وبأن العهد ـ الذي هو الوصية ـ ظاهر فيما يتعلق به لا مايشمل الغير فلا اطلاق لادلة الوصية يشمل وصية الوصى بحيث يشمل عهد الموصى اليه أيضاً ، كل ذلك بعد اجمال الرواية، غير ظاهر الوجه، اذ لا مجال لكل ذلك بعد الاطلاق، والارتكاز والسيرة والرواية الظاهرة كما عرفت ، ومما تقدم يظهر، مواقع النظر فى كلام الشارحين وغيرهما فراجع .

ثم اذا لم يكن له جعل الوصى ولم يكن حاكم ولا وكيله صح له جعل الوصي من باب عدول المؤمنين والحسبة فانهما يشملان حال الحياة وبعد

الممات، واذا قلنابعدم الصحة فى ما اطلق الموصى الاول، فضلا عما اذا صرح بالعدم، فاذا لم نعلم كيفية وصاية الاول، وقد أوصى الثانى، فهل يحمل فعله على الصحيح ، لاطلاق قوله عليه السلام : ضع أمر أخيك على أحسنه.(١) أو لابد من ثبوت الايصـاء اليه بذلك فلايكفى دعواه ، فضلا عن مجرد فعله؟ ظاهر الجواهر الثانى ، لكن اطلاق دليل الصحة الاول ففعله كفعل سائر الاوصياء والوكلاء.

وكيف كان، فلومات انسان ، ولاولى له من وصى أو أب وجد فالنظر الى الحاكم الشرعى ، ولو لم يكن ولاوكيله وصل ذلك الى الثقات المعبر عنهم بعدول المؤمنين ، وقد تقدم عدم اشتراط العدالة ، بل يكفى الثقة ، ولذا قال الشرائع: جاز ان يتولاه من المؤمنين من يوثق به .

قال في الجواهر: هذا هو المشهور بين الاصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك للمعتبرة المستفيضة المؤيدة بمادل على الحسبة وحسن الاحسان.(٢) وولاية المؤمنين بعضهم على بعض،(٣) وغير ذلك .

أقول : قد تقدم جملة من تلك المستفيضة .

ثم ان الشرائع بعد عبارته المتقدمة ، قال : وفي هذا تردد ، ولعله أراد التردد في عمل الثقة من باب الولاية كولاية الاب والجد كما ان ابن ادريس، حيث نفى ولايته لم يستبعد ان يراد به ذلك، اذ لايمكن امكاناً شرعياً ضياع الاولاد والاموال والفارق بين ولاية الاب والجد، وولاية الثقة ان الاولين يعملان عمل

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٦١٤ الباب ١٦١ من أبواب العشرة في كتاب الحج ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ٨ ص ٣٩٩/٤٠٣ الباب ١ من أبواب العشرة .
(٣) المائدة : آية/٥١ .

الاولياء مطلقاً، والاخير يعمل حسب الضرورة وكيف كان فقوله سبحانه: «ماعلى المحسنين من سبيل»[١] «وبعضهم أولياء بعض»[٢] «وأولى ببعض في كتاب الله»[٣] - في الارحام اذا تولوا ذلك - كاف في الدلالة على ماذكره المشهور، هذا بالاضافة الى الروايات الخاصة كماتقدم بعضها .

قال اسماعيل بن سعد الاشعري: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً وترك جواري ومماليك هل يستقيم ان تباع الجواري؟ قال عليه السلام: نعم .

وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال عليه السلام : اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلابأس اذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك.[٤]

وخبر محمد بن اسماعيل قال : مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره الى قاض الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبدالحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، اذ لم يكن الميت صير اليه وصية وكان قيامه فيها بأمر القاضي لانهن فروج قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل

---

(١) التوبة : آية/٩١ .
(٢) المائدة : آية/٥١ .
(٣) الأنفال : آية/٧٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٠/٢٧٥ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ٣١ .

من أصحابنا ولا يوصي الى أحد ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلا منا فيبيعهن أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج ، فما ترى في ذلك ؟ قال : فقال عليه السلام : اذا كان القيم به مثلك ، أو مثل عبد الحميد فلا بأس(١) .

ثم انه قد تقدم الالماع الى كفاية الثقة ، وذلك للنص عليه في خبر زرعة [ان قام رجل ثقة] فذكر العدل في خبر الاشعري محمول على الفضل ، لانه مقتضى الجمع بينهما عرفاً ، كما اذا قال في خبر : اعط ديناراً ، وفي خبر : اعط درهماً بالاضافة الى ان الاعتماد على الثقة في كل الشئون ، الا ما خرج بالدليل هو مقتضى المركوز في اذهان المتشرعة المبني عليه غالب الفقه الذى هو أهم من مثل هذه الموضوعات ، وان ذكر غير واحد لزوم العدل من باب ان الروايتين من باب المطلق والمقيد وانه المبني عليه في باب الموضوعات أمثال الشهادات ونحوها وهو كما ترى .

قال في الشرائع : واذا أوصى بالنظر في شيء معين اختصت ولايته به ، ولا يجوز التصرف في غيره وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكل فيه .

أقول : وذلك واضح ، كما انه كذلك اذا خصها بزمان دون زمان ، أو مكان دون مكان ، أو حالة دون حالة ، فالتصرف أزيد من ذلك داخل في قوله سبحانه: «فمن بدله» .

ولو شك الوصي في انه هل كان للموصى مثل ذلك التصرف حمل فعله على الصحيح ، والله سبحانه العالم .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢ .

(مسألة ـ ١١ ـ) الظاهر ان الصفات المعتبرة في الوصي من البلوغ والعقل وغيرهما انما تعتبر حاله تنفيذ الوصية لاحالة الوصية ولا حالة الموت ولا بينهما ولا غير ذلك لان الدليل لم يدل على أكثر مما ذكرناه فلو أوصى ان يزوج زيد ولده اذا كبر وكان الولد صغيراً يبلغ بعد عشر سنوات وكان زيد مجنوناً أو صغيراً يبلغ ويعقل بعد عشر سنوات صحت الوصية ، لاطلاق أدلتها بعد ان لم يكن المخصص شاملا لذلك الوقت، خلافاً لمن قال بالاعتبار حالة الوصية ،كما جعله الشرائع أشبه ، وقال المسالك : انـه مختار الاكثر، ومن قال بالاعتبار حال الوفاة نسبه المسالك الى بعض الاصحاب ومن قال باعتبارها من حين الوصية الى حين الوفاة كما عن الدروس ومن قال باعتبارها من حين الوصية الى ان ينتهي متعلقها بأن يبلغ الطفل، ويخرج الوصايا ويقضي الديون وغير ذلك، ومن قال من حين الوفاة الى حين الانتهاء ، والكل كما ترى لادليل عليها ، وان ذكروا لها وجوهاً هي أشبه بالاعتبار كما لايخفى على من راجع الشرحين .

ومنه يعلم ، جعل الجواهر القول الثاني قوياً لمقتضى عمومات الوصية المقتصر في تخصيصها على ماتيقن من شرطية هذه الاشياء في الوصي بمعنى المتلبس بالولاية وأول انات تلبسه بذلك مع الاطلاق من حين الوفاة فتعتبر الشرائط ذلك الوقت ، غير ظاهر الوجه، فان الاعتبار العقلائي اشتراط الشرائط العقلائية حال العمل والشارع لـم يزد على ذلك ، وانما زاد بعض الشرائط ، وليس هذا منها فاذا قال: فلان وصيي يقضي ديني الذي يحل بعد سنة، وكان فلان مجنوناً وافاق قبل اداء الدين ، فهل يكون موضع ايراد انه كيف يكون وصياً ، أو يقال انه لايشمله العمومات .

ومنه يعلم انه لافرق بين التراوح بين الصفة وعدمها، وبين عدمها مطلقاً اذا

كان حال العمل متصفاً ، فانه وقت تعلق الوصية، وكذلك حال الوكيل، فاذا قال : فلان وكيلي ليزوج بنتي بعدبلوغها خمس عشرة سنة وكان فلان مجنوناً وافاق قبل ذلك الوقت وقبل الوكالة كان صحيحاً ، والاشكال فى تعليق الانشاء ونحوه غير وارد بعد وضوح ان الانشاء خفيف المؤنة ، كما هو واضح .

نعم ، اذاكان انشائه الوصية مقيداً بوقت لايصح تعلقها بالوصى لم تصح كما اذا قال : ان زيداً الجامع للشرائط الان ، أوفى وقت موتي - أوماأشبه- هووصيي، بنحو تقييد الوصية بذلك ، وانما لاتصح لانه على تقدير فقد الشرط لم يوص ، ومن الواضح ان العقود والايقاعات تتبع القصود والالم يكن عقده وايقاعه .

ومما تقدم ظهر، انه لو تقطعت الاحوال، فان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب صحت حال الوصف وحال عدم الوصف يكون الحاكم وصياً والا بطلت لوحدة المطلوب المتعذرة فرضاً ، مثلا: قال زيد وصيي يحج عني كل عام و كان الوصى يجن عاماً ويفيـق عاماً ، فان عام جنونه يكون الحاكم ولياً بخلاف عام افاقته الا اذا كان على نحو وحدة المطلوب من غير فرق بين ان يجن من الاول أوالاوسط أوالاخير اذ الميزان قصد الموصي الشاهد لهارتكاز العرف ، اذا شك في كيفية قصده، فحال الوصى فى ماكان الارتكاز حال الاب و الجد و الوكيل - فى حال ارتكاز ذلك فيه - والحاكم و وكيله ، حيث ان التقطع لا يضر بولايتهم حال الشرط فتوهم انـه بعد فقد الشرط يستصحب العدم فى الوصى غير ظاهر الوجه بعد شمول الوصية له لشمول اطلاق الولاية واطلاق الوكالة لهم، وأوضح من الاطلاق مالوقال : ان هذا المجنون وصيى كلما أفاق، أوماأشبه ذلك من التصريحات .

(مسألة ـ ١٢ ـ) لاتصح الوصية على ذوي الميت الكبار كأولاده وأبويه واخوته، سواء كانوا في الصغر اختيـارهم بيد الموصى أم لا ؟ بلا اشكال ولا خلاف، بل عليه النص والفتوى، حيث ان الناس مسلطون على أنفسهم[1]، بل لا تصح الوصية وان رضي الكبير كما اوقال: ولده الكبير لابأس بأن توصى زيداً ليكون قيماً وولياً علي، اذ ليس الكبير مثل هذه الولاية على نفسه، فأن الناس مسلطون على أنفسهم لاعلى أحكامهم.

نعم، اذا دخل في الوصية المشروعة وقبل الكبير صح ذلك، كما اذا قال ابني الكبير وصيي عليكم أيها الاولاد الكبار في ان يزوجكم حسب رأيه فقالوا نعم قبلنا ذلك، فاللازم عليهم التنفيذ، لانه من الوصية الممضاة من الكبار حاله حال ما اذا أوصى بأكثر من الثلث أو بالصلاة عليه أو بما أشبه، حيث ان الوصية تحديد لحرياتهم وأموالهم، فاذا قبلوا وجبت ولزمتهم ، ومثل ذلك اذا أوصى ان لاتزوج زوجته الا من زيد أو اوصت ان لايزوج زوجها الا من امامة ، الى غير ذلك، فالمعيار المشروعية في نفسها وقبول الوصي وبدون كليهما لاتصح فقول الشرائع وغيره لو أوصى على اولاده الكبار العقلاء، أو على ابيه أو على اقاربه لم تمض الوصية عليهم، ناظر الى ماذكرناه فليس لنفيهم اياها اطلاق.

واذا شك في المنـع الشرعي فالظاهر عدم نفوذ الوصية، كما لو أوصى ان لاتزوج زوجته او بنته او اخته او لايزوج زوجها مادام العمر، وذلك المشك في ان الشارع شرع مثل هذه الوصية ، فالاصل اطلاق ادلة تلك الاحكام .

ثم انه ظهر مما تقدم انه لاتصح الوصية بالنظر في المال الذي تركه لورثته

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

الكبار، اذ المال لهم ولاحق للميت في جعل مشرف عليه، وهل تصح الوصية بالنظر في ثلثه، وان لم يوص بالثلث، فانه قد يوصي ان ثلثه يصرف في الخير وهذا يصح جعله تحت نظر الموصي ، وقد لايوصي بالثلث مما يكون الثلث للورثة فيوصى بأن يكون التصرف فيه منهم تحت نظر الوصي .

قال في الجواهر عند قول الشرائع [ولو أوصى بالنظر فى المال الذي تركه لهم لم يصح له التصرف فى ثلثيه] : بل ولا فى ثلثه، لانه لاولاية له عليه مع عدم الوصية به، وعدم اخراجه عن ارث الوارث، فلا تصح الولاية عليه مع كونه ملكاً للوارث ، كما فى نظائره ـ انتهى.

لكن ربما يحتمل صحة، مثل هذه الوصية، اذ لما كان للميت الوصية بثلثه كان له ان يجعل النظر فى ثلثه الى الوصي بطريق أولى، ففي الثلثين لا حق له فى جعل الولاية .

أما فى الثلث فله ذلك، لاطلاق أدلة الوصية، واطلاق دليل الثلث ، كما ان له ان يقيد ثلثه، كما اذا قال: لا حق لكم فى التصرف فيه الا فى زمان كذا، أومكان كذا، أوحالة كذا، أولاجل كذا ، وهذا من تقييد ماله لامن تقييد سلطنة الورثة حتى يقال: انه مناف لتسلط الناس على أموالهم، أو على أنفسهم ومثله ما اذا وهبه مالا بشرط. والفرق بأن الهبة لا تدخل في ملكهم الا برضاهم و الارث يدخل بدون رضاهم لايوجب فرقاً في المقام وهذا هو الاقرب.

ثم انه اذا أوصى بأن يصرف ثلثه في كذا، فان كان مميزاً فلا اشكال في حق الوصي بدون شراكة الوارث في شيء .

أما اذا كان مشاعاً فهل للوصي حق الاستقلال بأن ينزع ثلثه، او حاله حال الشركاء حيث لايجوز له التصرف الا باجازة الباقين؟ الظاهر الاول، اذا نص

الميت على استقلاله، والثاني اذا لم ينص.

أما الاول: فلانه ولي على كل ماله مادام حياً فله اعطاء هذه الولاية للوصي ولذا قال في الجواهر : لان له مثل هذه الولاية التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معينة .

أما استدلال الجواهر بما ورد في المضاربة فلا دلالة له بذلك، حيث انه من باب الولاية على الاول والصغار وقد تقدم الكلام في ذلك .

قال محمد بن مسلم : انه سأل عن أبي عبد الله عليه السلام ، عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لابأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك و هو حي، بل في رواية بن الحجاج اخوتك الصغار[1].

هذا لكن ربما يقال: ان حق الميت في الثلثين ينقطع بالموت ، فلا حق له في ان يوصي باستقلال الوصي بالقسمة لاخذ ثلثه، وفرق بين ماذا جعل ثلثه في شيء معين، حيث لاشركة للورثة فيه وبين جعل ثلثه مشاعاً ، حيث لهم الشركة فلا دليل مخرج عن مقتضى عدم تصرف شريك الا بأذن سائر الشركاء والمسألة بحاجة الى تأمل أكثر.

أما اذا قال: ان للوصي ان يختار لثلثه ماشاء من الاعيان، فالظاهر انه مثل ماذا شخصه في عين خاصة، حيث انه مثله، فاذا كان له ثلاثة دور كل واحدة ثلث مايملك صح له ان يقول: خذداري الاولى، أوأي دار شئت، أما ان يقول خذ ثلثك ولو من الدور الثلاثة بأن تبيعها وتقبض ثلث الثمن وتعطي الثلثين للورثة ففيه الاشكال السابق، والاستدلال لصحته بمن بدله لايخفى مافيه اذ الاية في الوصية الصحيحة والحكم لايثبت الموضوع.

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٤٧٨ باب ٩٢ في أحكام الوصايا ح ١ ـ ٢ .

ولوأوصى باعطاء دينه من ثلثه وجعل وصياً على ذلك فأبرأه المديون، أوسارع بعض الورثة، أومتبرع بوفاء دينه، فالظاهر سقوط الوصية، اذ لامورد لها حينئذ ويكون المال للورثة حسب الارث،كما اذا أوصي بصرف ثلثه في تزويج بنته فماتت.

أمااذا وقع التعارض بأن أراد الوارث اعطاء الدين من نفسه وأرادالوصي اعطائه من ثلثه، فالظاهران أيهما تقدمكان له، اذ لادليل على تقدم الوصي فقول الجواهر : نعم ، لو أوصى وصياً على قضاء دينه ، وأطلق لم يكن له معارضة الوارث لوأراد بذلالدين من نفسه، أومن بعض اعيان التركة لاحقيقتهباعيانها من غيره ـ انتهى غيرظاهر الوجه.

ولوأوصى باعطاء الوصى حجة له، أوصوماً وصلاة ، فتقدم الوارث و أعطاها، فأن كان على نحو التقييد باعطاء الوصي لم ينفع عمل الوارث في اسقاط الوصية ، وان كان على نحو تعدد المطلوب بان أراد الاصل وأراد ان يكون ذلك بنظر الموصي سقطت، لانه لامجال للوصية بعد حصول المطلوب فهوكما اذا أوصى بتزويج الوصي بنته فتزوجت بدون نظر الوصى ، حيث لا مجال للوصية بعد ذلك وان شك ولميكن ارتكاز ـ وانكان الارتكاز علىتعدد المطلوب غالباً ـ كان اللازم عمل الوصي كأطلاق دليل الوصية.

ومما تقدم يظهر، حال مااذا أوصى ان يحج عنه زيد، أويصوم ويصلي عنه فأعطى حجه وصلاته وصومه لغيره حيث انه مع تعدد المطلوب تسقطالوصية ومع وحدتها لاتسقط، وكذا في سائر الشرائط والخصوصيات.

(مسألة ـ ١٣ ـ) يجوز لمن يتولى أموال اليتيم ان يأخذ اجرة المثل من جهةنظره في ماله، كما لعله المشهور الذي ذهب اليه الشيخ في بعض فتواه و الاسكافي والفاضلان و غيرهم ، بل عن مجمع البيان انه الظاهر من روايات أصحابنا من غير فرق في ذلك بين الحاكم ووكيله والوصي الخاص وعدول المؤمنين، سواءكان غنياً أوفقيراً، خلافاً للقائل بأخذه قدر كفايته، كما عن نهاية الشيخ وابن ادريس، والقائل بأخذهأقل الامرين من اجرة المثل، وقدرالكفاية كما عن الخلاف والتبيان، والقائل بأقل الامرين مع فقره

كما عن المبسوط والقائل بالاجرة انكان فقيراً، كما عن المسالك والقول الاول بعد تقييده بعدم وجود المتبرع فيما للمتبرع التولي ـ اذ لوام يكن له التولي، كما اذاكان وصي خاص، فان له التولي باجرة، اذ لا حق لغيره التولي بعد جعل الميت اياه وصياً ـ وبعدم قبول الوصي و نحوه التبرع ، اذ اوقبل الوصي التبرع فقد أهدر حقه، هو مقتضى القاعدة، لاصالة احترام فعل المسلم (١) ككون الناس مسلطون على أنفسهم (٢) والوجوب الشرعي لاينافى الاجرة اذ هو تكليف وهو لايلازم عدم الوضع ، ولذا وجب بذل الاكل فى المخمصة مع حق الباذل فى اخذ القيمة ، وكذا فى انقاذ الغريق واسكان المضطر ، وبذل الدواء للمضطر الى غير ذلك من الامثلة، بالاضافة الى جملة من الروايات.

مثل صحيح هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن تولي مال اليتيم ماله أيأكل منه؟ فقال: ينظر الى ماكان غيره يقوم به من الاجر

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٠ الباب ٣ من أبواب القصاص في النفس ح ٣ .
(٢) البحار : ج ٢ ص ٢٧٣ .

لهم فليأكل بقدر ذلك[(١)].

أقول: وهذا هو المعروف اذ لاافراط فيه، ولاتفريط فيدل عليه أيضاً صحيح ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه سأل وأنا حاضر عن القيم لليتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال : لابأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله عزوجل: «فليأكل بالمعروف» وهو القوت[(٢)].

أقول : والمراد بالاكل أعم من اللبـاس والمسكن ونحوهما ، ولذا قال «الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً»[(٣)] وقال:«ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»[(٤)].

وفي صحيحه الاخر، عنه عليه السلام: المعروف هو القوت[(٥)].

وفي خبر أبي الصباح، عن الصادق عليه السلام: ذاك لرجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس ان يأكل بالمعروف اذاكان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً، ونحوه خبر سماعة وأبي اسامة[(٦)].

وفي خبر أبي بصير قال : هذا رجل يحبس نفسه لليتيـم على حرث أو ماشية ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف ، وليس له ذلك في الدنانيـر و الدراهم التي عنده موضوعة[(٧)].

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ .
(٣) النساء : آية/١٠ .
(٤) البقرة : آية/١٨٨ .
(٥) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ .
(٦) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب بـه ح ٣ . وانظر : العيـاشي : ج ١ ص ٢٢١ ح ٢٩ و ٣٠ .
(٧) تفسير العياشي : ج ١ ص ٢٢٢ ح ٣١ .

أقول: وذلك لان حفظهما غالباً، لااجرة له، والحبس ليس بشرط ، وانما ذكر للغلبة ولوبقرينة الرواية الاولى.

ومنه يعلم، ان تقييد الاية الكريمة، وبعض الروايات بالفقر انما هو من جهة الفضل في الغنى لااللزوم، قال سبحانه: «ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف»[1].

فقد روي سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام، وأبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن قوله: «ومن كان غنياً» الاية؟ قال: بلى من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج، وليس له شيء وهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر الحاجة ولايسرف وانكان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج لنفسه فلايرزئن من أموالهم شيئاً.[2]

ويؤيده جعل مقابله الضرر في مارواه الكاهلي قال :كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ، فسأله رجل ضريرالبصر ؟ فقال : انا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام معهم خادملهم فنقعد على بساطهم ، ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم ، وربما اطعمنا فيه الطعام من عندصاحبه وفيه من طعامهم، فماترى أصلحك الله؟ فقال: قد قال الله : « بل الانسان على نفسه بصيرة »[3] فانتم لايخفى عليكم ، وقد قال الله : « وان تخالطوهم فاخوانكم »[4] [الى] لاعنتكم ، ثم قال : ان لم يكن دخولكم عليهم فيه منفعة لهم فلابأس ، وان كان فيه ضرر فلا .[5]

---

(١) النساء : آية/٦ .

(٢) تفسير العياشي : ج ١ ص ٢٢١ ح ٣٠ .

(٣) القيامة : آية/١٤ .

(٤) سورة البقرة : آية/٢٢٠ .

(٥) تفسير العياشي : ج ١ ص ١٠٧ ح ٣٢٠ .

وفي موثق سماعة، عن أبي‌عبدالله عليه السلام : من كان يلي شيئاً لليتامى وهو يحتاج ليس له مايقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولايسرف ، وان كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج نفسه فلايرزئن من أموالهم شيئاً[١] .

وموثق حنان، قال أبوعبدالله عليه السلام : سألني عيسى بن موسى ، عن القيم للايتام في الابل مايحل له منها ، فقلت له : اذا لاط حوضها وطلب ضالتها وهنّأ جرباها ، فله ان يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولافساد لنسل[٢]. الى غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل والمستدرك في كتاب التجارة، وفي غيرهما هنا وهناك .

واذا كانت اجرة مثله أقل، لكنه لايرضى الابالاكثروهو أصلح أو الصالح الوحيد الذي لابديل له، فالحاكم يلاحظ الاهم والمهم ،كماان حال غير اليتيم حال اليتيم، مثلا: سافر الاب ولاجد فالحاكم يضع من يلاحظ أولاده، أويفعل ذلك عدول المؤمنين من باب الحسبة ويأخذون الاجرة العادلة لوحدة الملاك ولاطلاق دليل احترام عمل المسلم[٣]، بل الكافر كذلك، فان كون الناس مسلطون على أنفسهم[٤] يشمل غير المسلم أيضاً، ولافرق في أخذ الاجرة العادلة بين الحفظ والعمل بماله أو تربيته للاطلاق والمناط .

بل وماعن كنز العرفان قال : ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٥ باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ١٨٥ باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ ح ٣ .
(٤) البحار : ج ٢ ص ٢٧٣ .

ان في حجري يتيماً أنأكل من ماله؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: بالمعروف غير مستأثراً مالا ولا واق[١] ، أي غير مستأصل للمال ولا واق بماله مالك . وكذا يؤيده ما تقدم من المضاربة بمال الطفل ، إلى غيرها من المؤيدات .

واذاكان الميزان الاجرة لم يكن وجه للكلام في انه، هل يأخذ لنفسه وعائلته أولنفسه فقط ؟ ومماذكر يظهروجه ضعف سائرالاقوال، وان كان يؤيدها بعض ماتقدم .

ولواختلف العرف في الاجرة أخذ بين الامرين أو الامور ،كما ذكروه في باب التقويم من باب قاعدة العدل، فلايقال الاصل الاقل، والمرادبالاجرة، حيث كان المتعارف يشمل ماإذا كان بعض السنة لايعمل ، لكنه يأخذ الاجرة لبقائـه الى وقت الاحتياج ، ومايأخذ الظالم من الاجير ظلماً محضاً أو بعنوان التأمين ومأشبه داخل في الاجرة اذا كان متعارفاً ، ولوعمل الاب والجد كان لهما الاجرة أيضاً اذا كان الولد ذامال للاطلاق والمناط .

ولو عمل الولي أو الوصي أو نحوهما ولم يقصد الأجرة ولاعدمها كان اللازم الأجرة اذا أراد ، لاصالة الاحترام الا ماخرج وهو ما قصد الاعراض .

ولذا قال في الجواهر: لو لم يقصد الرجوع ولاعدمه، فالظاهر الاستحقاق أيضاً، لقاعدة الاحترام[٢]، والاية وان كانت ظاهرة في فعلية الاكل الا ان اطلاق الاحترام ، وبعض الروايات المتقدمـة يعطي ان له الحق ، وان لم يأخذ فعلا يكون ديناً .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٥٤ باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ نقلاً عن العوالي .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ١٠ الباب ٣ من أبواب القصاص في النفس ح ٣ .
المستدرك : ج ٣ ص ٢٤٥ .

ومما تقدم يظهر ، ان مارواه رفاعة ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى قوله تعالى: «فليأكل بالمعروف»[١] قال: كان أبى يقول: انها منسوخة[٢] ، اللازم حملها على بعض المحامل .

وعن جماعة من العامـة تفسيرها بقدر الحاجة من مال اليتيم على جهـة القرض، ثم يرد عليه ماأخذ اذا وجد .

قال فى مجمع البيان: وهو مروي عن الباقر عليه السلام[٣]، وهذا يؤيد الحمل على الكراهة، ولذا قال الجواهر: وان كان الثابت عندنا خلافهما .

ثم اذا أوصى الميت انيزاول أعمال اليتيم مجاناً أوباجرة أقل وقبل وجب فانه هو الذى أهدر احترام سعى نفسه ، وان شرط الوصى الاكثر من اجرته وقبل الموصى صح، وكان الزائد من الثلث، اذ لاحق له فى الاكثر منه الااذاقبل الكبار من الوارث، واذا اعطاه الموصى مقداراً خاصاً ثم ظهر انه أقل أو اكثر من اجرة المثل ـ بمالايكفى ثلثه، أولم يقبل الكبار بالزائد منه ـ حق للوصى فى الاول أخذ التفاوت ان كان جاهلا لماذكروه من دليل لاضرر فى خيار الغبن وحق للحاكم ارجاع الوصى الى اجرة المثل رعاية لحال الايتام، فان لم يقبل جعل غيره مكانه .

---

(١) النساء : آية/٦ .

(٢) تفسير العياشي : ج ١ ص ٢٢٢ ح٣٣ .

(٣) مجمع البيان : ج ٣ ص ٩ . ومثله في العياشي : ج ١ ص ٢٢٣ ح ٣٦ .

(مسألة ـ ١٤ ـ) لوأوصى لاجنبيعن الارث، وان كان قريباً، أو كانوارثاً لولاقتله وماأشبه بمثل نصيب ابنه، وليس له الاواحد اعطى النصف، مع رضى الابن والثلث مع عدم رضاه، ولوكان له بنت كان كذلك، ولوكان له ابنان كان للاجنبي الثلث ، وكذا لوكانت له بنتان ، ولوكان له ابن وبنت، وقال كالابن : كانله الخمسان مع رضاهما، ولوقال : كالبنت ، كان الربع ، ولوكان له ثلاثة أولاد ، وقال: كاحدهم كانله الربع .

قال في الشرائع : والضابط انـه يضاف الى الوارث ويجعل كاحدهم ان كانوا متساويين ، وان اختلف سهامهم جعل مثل أضعفهم سهماً ، وعلل الاخير في المسالك والجواهر بانه المتيقن .

وفيه : ان اللازم اجراء قاعدة العدل ، ان لم نقل بالتخيير ، أماالثاني فلانه مقتضى كل مكان فيه أقل واكثر ،كما اذا قال : اعط الفقير بقدر مايملكه أحد أبناء زيد ، وكان يملك أحدهم ضعف الاخر وهوضعف الثالث ، فانه يحق له ان يعطي بأي قدرمن الثلاثة لانطباق الكلي عليه، فاذا لم يعطه عصياناً جازلنفسه الاخذ بأى قدرمن الثلاثة اذا لم يمكن الوصول الى الحاكم مثلا .

وأماالاول :فلانه مقتضى العدل والانصاف، كمايستفاد من جملة من الروايات الواردة فيمختلف أبواب الفقه ، كارث الخنثى ، ودرهمي الودعي وغيرهما ولذا نقدمه على القرعة ، اذ القاعدة ترفع الاشكال .

نعم ، اذا قال : مثل أعظمهم ، وكانوا مختلفين ، عمل بمقتضى ذلك ان لم تزد على الثلث والاوقف على الاجازة ، وحيث ان المسألة لم توجد الافي جملة من الكتب كان مراد جامع المقاصد حيث نسبها الى علمائنا من ذكروها فلا

اجماع في المسألة ، بالاضافة الى انه ظاهر الاستناد فلاحجية فيه ، وان سلم وجوده .

و مما تقدم ظهر عدم الفرق بين ان يعين أحد الورثة بالاسم ، أو يطلق ، فالاول كان يقول : اعطوه مثل نصيبي ولدى زيد .

والثاني : كان يقول : مثل نصيب أحدأولادي ولوكان له ابن وبنت وخنثى وقال : مثل نصيب احدهم جاز ، مثل احد الثلاثة لما تقدم ، ولوعين عمل على التعيين .

قال في الشرائع : ولو كان له زوجة وبنت ، وقال مثل نصيب بنتي فاجاز الورثةكان له سبعة اسهم ، وللبنت مثلها ، وللزوجة سهمان ولو قيل لها سهم واحد من خمسة عشر سهماً كان اولى .

أقول : الاول : قول الشيخ على ماحكي عنه .

والثاني: قول المشهور الذي ذهب اليه الفاضلان وجامع المقاصد والشارحان وغيرهم ، وذلك لان للزوجة ثمن المال بعد فرض ان هناك بنتين ، لان ظاهر الوصية تصحيح الفريضة مع الاجنبي اولاحتى يرد النقص على الجميع اللهم الااذا صرح بخلافه .

أما على مبنى الشيخ فلايرد النقص الاعلى البنت فقط ، وذلك خلاف ظاهر الوصية ، ولذا قال في المسالك: انه سهو من قلم الشيخ .

أقول : ولعل الشيخ لاحظ ما ذكرناه من ان مراد الموصي ما ذكرناه بـ [اللهم] ثم قال المسالك : هذا مع اجازة الورثة ولولم يجز فالمسألة من اثنى عشر الثلث أربعة ـ أي للاجنبي ـ والثمانية بين الزوجة والبنت .

ولوأجاز أحد الورثة خاصةكان للاجنبي بالاضافة الى الثلث بقدر التفاوت

بين الثلث وبين الحصة المنتزعة من المجيز، ويأتي في المقام القاعدة المذكورة في علم الحساب ، التي ذكر الفقهاء تفصيلها في الارث من التباين والتوافق وغيرهما مما تعطى الحصة بدون كسر ، وقد ذكر بعض الامثلة المسالك وتبعه الجواهر وغيره فراجعهم .

ومما تقدم ظهر ، وجه قول الشرائع انه لو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب احديهن كان لـه واحد من ثلاثة وثلاثين اذ أصل الفريضة من ثمانية لهن واحد ، فيضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين ويزاد عليها واحد بالوصية فتكون ثلاثة وثلاثين ، خلافاً للشيخ حيث قال : كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن أربعة بالسوية وله سهم كواحدة ويبقى سبعة وعشرون للبنت ، وقد تقدم وجه الاعتذار عنه ، وان قيل [ره] بالسهو من قلمه الشريف .

(مسألة ـ١٥ـ) لو أوصى لاجنبي بنصيب ولده ، فان أراد جعله مثله صحت الوصية والزائد على الثلث يحتاج الى اجازته ، وان أراد اعطاء نصيبه للاجنبي كان محتاجاً الى الاجازة في الزائد من الثلث ، وان أراد جعل نصيب الوارث لغيره بما هو تشريع بطلت الوصية، وان شك في البطلان وغيره حملت الوصية على الصحة ، وان شك بين الاولين كان الزائد على الثلث بحاجة الى اجازته، وبذلك ، يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات .

ولو كان له ولد قاتل أو كافر مثلا فأوصى بمثل نصيبه ، فالظاهر الصحة لان المتبادر من هذا الكلام انه لو لم يكن قاتلا كان له كم فيعطى مثله للموصى له تبعاً للجواهر وغيره خلافاً للشيخ عن مبسوطه فقال بعدم الصحة ، وجعله الشرائع أشبه، وعللوه بأنه لانصيب للقاتل وفيه انعدم النصيب فعلا لايلازم كون معنى كلام الموصى ذلك ، فان الاصل في كلام العقلاء الحمل على الصحة ، الا اذا علم بالخلاف وفي المقام لم يعلم بالخلاف ، ولافرق في ذلك بين ان يعلم الموصي انه لانصيب للقاتل مثلا أولايعلم اذهما لامدخلية لهما في ظاهر كلامه .

(مسألة -١٦-) اذا أوصى أن يكون لفلان الوارث ضعف حصته ، فالظاهر ارادة مثل حصة الارث فيكون له ارث ، ومثل ارث ، لاأن يعطى ثلاثة مرات ، فان كان له دينار ارثاً اعطى دينارين لا ثلاثة دنانير ، أما اذا قال اعطوا الاجنبي ضعف نصيب الوارث الفلاني كان له مثلاه لانه المنصرف ، ولا يستشكل بأنه كيف اختلف معنى الضعف لان الاول : انما تنزل عن المثلين للقرينة عرفاً ، والا فالضعف معناه المثلين في كل مكان بدون قرينة وهو مأخوذ من الضعف مقابل القوة ، حيث ان الشريك أضعف من المستقل ، فلايقال كيف يكون معنى الضعف بالكسر زيادة ، وبالفتح مقابل القوة ، مع ان القاعدة ان المادة الواحدة تعطي المعنى الواحد في كل هيئاته .

والظاهر ان من فسر الضعف بالمثل أو بالمثلين أرادا شيئاً واحداً، فبملاحظة مع الاصل فسر بالثاني ، وبملاحظة نفسه في قبال الاصل فسر بالاول ، فلايقال كيف قال في المسالك : ان الاشهر بين الفقهاء ان ضعف الشيء مثلاه ، بل عن الخلاف حكايته عن عامة الفقهاء والعلماء ، مع ان المحكى عن الصحاح والجمهرة وابن العبيد ان الضعف المثل ، وعن الأزهرى الضعف المثل فما فوقه .

ويؤيد زيادة مثل الاصل عليه ، أو فوق المثل قوله سبحانه : «اذا لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات»[1] أى عذاب الدنيا وعذاب الاخرة كلامضاعفاً ، وذلك لان القدوة اذا انحرف تحمل مسئولية الذين يقتدون به أيضاً لانه صار سبب ضلالهم وقوله سبحانه : «اولئك لهم جزاء الضعف » . وقوله سبحانه : « اولئك هم المضعفون» وقوله : «يضاعف» الى غيرها .

---

(١) الاسراء : آية/٧٥ .

ولو قال : اعطوه ضعفيه ، فالظاهر انه ثلاثة لانه المتبادر لا لانه المتيقن كماجعله الشرائع أشبه، خلافاً لماعن المبسوط من انه يكون له أربعة، ولذاكان المحكي عن أبي عبيدة ان ضعفي الشيء هو مثلاه ثم لو شك في اعطائه ثلاثة أو أربعة للشك في ارادة الموصي كان المتيقن ثلاثة ، قال في محكي الدروس ، ولو أوصى له بضعف ولده أعطى مثليه وبضعفيه ثلاثة أمثاله .

ولو قال : اعطوه ضعف الضعف فالظاهر انه أربعة لان الضعف الاول اثنان والثاني مثله فيكون أربعة ، وبذلك يظهر وجه الضعف في سائر الاقوال مما لاحاجة الى الاطالة .

ولو قال : اعطوه أضعاف حصته ـ بالنسبة الى الوارث ـ فالظاهر كفاية الأربعة للتبادر .

ولو قال : اعطوه أضعافاً مضاعفة فهل يكفي الاربعة لانه تأكيد مثل الليل الاليل أو اللازم ثمانية لانه أول مضاعفة الاضعاف [والاضعاف كانت أربعة] ؟ لايبعد الاول ولو شك فانه متيقن ، ويؤيده قوله : «لاتأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة»[(١)] والله العالم .

---

(١) آل عمران : آية/ ١٣٠ .

(مسألة ـ١٧ـ) لو أوصى بثلثه أو أقل أو اكثر مع اجازة الوارث، للفقراء أو العلماء او الكتاب او الزراعة او الصناعة اوما اشبهه فان كان انصراف اوقرينة اخرى على الخصوصية اتبع ، ولو صار اجمال بين متيقن وغيره اخذ بالاول او اجمال بين امرين او امور عمل بقاعدة العدل[1] ، وان كان اطلاق صح صرفه فى البلد وغير البلد .

اما اخراجه عن البلد مع وجود الموصى له فى البلد فربما يكون تكليف بالحرمة والوضع بالضمان وربما لايكون احدهما ، وربما يكون احدهما .

فالاول: كمااذا كان فى البلد المصرف وكان الطريق خطراً ومع ذلك اخرجه فتلف او سرق فانه فعل حراماً وكان ضامناً لانه اتلف المال عمداً فاللازم اعطاء بدله فتوى ونصاً مطلقاً ، وفى المقام حيث تقدمت رواية صرف المال فى غير مراد الموصى حيث ضمنه الامام عليه السلام .

والثانى :كما اذا لم يكن فى البلد المصرف وكان الطريق مأموناً واتفق العطب فانه لاشىء على الامين كما تقدم فى الوصية وفى غيرها .

والثالث :كمااذا كان تفريطاً عقلائياً ولكنه كان جاهلا فانه لاتكليف مع وجود الوضع، اذلاتلازم بين عدم التكليف وعدم الوضع، فدليل كل من الرفع لما لايعلم وعلى اليد شامل للمقام .

والرابع :كمااذا كان خطراً لكنه لم يسرق اتفاقاً حيث قلنا بأن التجري حرام حرام أو ان تعريض مال الغير للخطر حرام، ثم اذا سرقه السارق وكان من

---

(١) المائدة : آية/٨ .

قبيل الموصى اليه كما اذا قال: اعطه للفقراء وكان السارق فقيراً واحتسبه الوصي له كفى ، اذ لايشترط في المصرف عدم الفسق الا اذا صرح به الموصي أو ارتكزه .

قال في الشرائع: لوصرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز ، ومعناه جواز كل من النقل وعدمه، ولذا علق عليه المسالك بما لم يستلزم تغريراً بالمال بسبب نقله ولاتأخيراً لاخراج الوصية مع امكان التعجيل، والاشكل الجواز، وفي اطلاقه ماعرفت من الاقسام الاربعة، والى بعض ماذكرناه اشار الجواهر بقوله: وفيه انه لااشكال أيضاً، وان اثم أوضمن اذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم ، الى آخر كلامه .

ثم ان كان اموال الموصي متفرقة وأوصى بالثلث فان كانت مطلقة جاز اعطاء ثلث كل شيء ،كما جاز التبديل ، أما اذا لم تكن الوصية مطلقة لم يجز التبديل كما في ما اذا كان المال الذي عليه الخمس سكراً لم يجز تبديل خمسه الى الملح أو الثلج أو الفحم مثلا الا برضى الحاكم الشرعي .

والحاصل : ان اللازم اتباع اطلاق أو تقييد الموصي ، ولو المستفاد منه ارتكازاً للعرف الحاكم بذلك ، ولو شك في جواز التبديل كان الاصل عدمه .

ثم الظاهر من الوصية قد يكون ارادة الجنس ولو الواحد، وقد يكون ارادة الجمع ولو ثلاثة ، وقد يكون ارادة الاكثر ، وقد يكون الاستيعاب، فاذا قال : اعطوه للمراجع كان الظاهر الجنس، فيصح اعطائه لواحد .

ولو قال : اعطوه للفقراء و علم من ارتكازه جماعة منهم اعطاه ثلاثة

أو أكثر ، ولو كان المال كثيراً كانت القرينة على اعطاء الاكثر ، بل احياناً المـأت .

ولوقال: اعطوه لاقربائي، وكانوا عشرة مثلا، اعطى الجميع كل ذلك يلزم ان يفهم من الارتكاز المكشوف بالعرف أو نحوه .

ولو قال : الجمع ، ولم يعلم هل أراد الجنس أو الجمع أقله أو الاكثر عمل حسب اللغة لانها المرجع اذا لم يكن عرف .

ومنه يعلم ، وجه قول الشرائع يدفع الى الموجودين في البلد ولايجب تتبع من غاب، وهل يجب ان يعطى ثلاثة فصاعداً ؟ قيل: نعم، وهو الاشبه عملا بمقتضى اللفظ، وكذا لوقال: اعتقوا رقاباً، وجب أن يعتق ثلاثة فمازاد ، الاان يقصر ثلث مال الموصي ـ انتهى .

أقول: لوقال: اطعموا الجياع، فهل يلزم الاشباع ولوواحداً، اذا لم يكن المال الابقدر شبع واحد تقديماً لظاهر الكلام ارتكازاً اوالثلاثة، ولو كلا بقدر شبع ثلث بطنه تقديماً لظاهر الجمع، أو التخيير ؟ احتمالات ، وان كان الاول اقرب الى الذهن العرفي، لكن لم يبعد الثالث، ومثله لوقال: اعتقوا رقاباً،وقد تقدم في بعض الروايات تقسيم المال الذي لم يكف كل الوصايا طائفة في هذا وطائفة في ذاك .

ولوقصر المال عن شبع حتى واحد، فالظاهر الاطعام بالقدر الممكن للارتكاز ودليل الميسور[1] المروي عن علي عليه السلام كمافي الغوالي، وقوله صلى الله

---

(١) عن غوالي اللئالىء عن أمير المؤمنين ـ الجواهر ج ٢٨ ص ٤٥٤ .

عليه وآله وسلم: فأتوا منه مااستطعتم،[1] فاحتمال انه يصرف في مطلق سبل الخير لاوجه له .

ولوذكر قيدين لم يمكن الجمع بينهما ،كما اذا قال : اشبعوا ثلاثة كل واحد بقدر درهم، ثم صار التضخم بمالزم امارفع اليد عن الدرهم لان الاشباع بدرهمين ، اوعن الاشباع باطعام درهم بقدر نصف البطن، قدم المركوز في اذهان العرف وذلك غالباً رفع اليد عن قيدالدرهم، اذ الظاهرانه انماقال درهم لانه كان يساوى الشبع في زمانه، ومثله الوقف الذي يدور الامربين قيديه، وما اذا أمرالمولى عبده بمثل ذلك والمسألة سيالة .

---

(١) سنن البيهقي ج ٤ ص ٣٢٦ .
والعوالي ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٦ .

(مسألة ـ ١٨ ـ) اذا أوصى لانسان بفرسه ولآخر بتمام الثلث، فالفرس أما اقل من الثلث او بقدره او اكثر، فان كان اقل حصل الثاني على تتمة الثلث ، وان كان مساوياً لم يكن للثاني شيء الا اذا أجاز الورثة وحينئذ يعطـون له ما يشاؤون ، اذ لاشيء محدد قابل للاجازة، فان ارتكاز الموصي اعطائه شيئاً، وحيث لاشيءخاص بين فرس والثلث لا شيء خاص تتعلق به اجازة الوارث وانما يعطونه شيئاً وفقاً لارتكاز الموصي .

وان كان اكثرفللورثة ان لايجيزوا الكثرة ، فلايحصل الأول الاعلى بعض الفرس الذي بقدر الثلث، وان يجيزوها كلها فيحصل الأول على كل الفرس ، وان يجيزوا بعضها فيحصل على بعض الفرس زائداً على الثلث ، زيادة بقدر اجازتهم، وان يجيزوا فوق ذلكعلى ماللثانيفيعطوه قدر مايشاؤن حسب ارادة الموصى اعطائه شيئاًكما سبق ،كما ان للورثة ان لايجيزوا مازاد على الفرس من الثلث، وانما يجيزوا للموصيله الثانيفيكون بقدر الثلث من الفرس للاول ومايعطونه ـ بالاجازة ـ للثاني .

ثم انه لوتغيرت قيمة الفرس فالأعتبار بقيمته عند الموت ، فلو كان بقدر الثلث قبلا ثم عند الموت صار نصف الثلث كان للثانى السدس، ولو كان قبل الموت اقل من الثلث ثم صار عنده بقدر الثلث احتاج الثانى الى اجازتهم ، ولو كان قبل الموت اكثرثم صار اقل عنده فكالاول اومساوياً فكالثانى .

ومنه يعلم ، ضعف قول الشرائع ، قال : ولوحدث فى العبد (لانه فرض المسألة فيالعبد وتمام الثلث) عيب قبل تسليمه الى الموصىله كان للموصى الاخرتكملته الثلث بعدوضع قيمة العبد صحيحاً لانهقصد عطية التكملةوالعبد صحيح، اذ المعيار بالموتفلااعتبار بالتسليموعدمه، ثممن اين ان قصدالموصى

ذلك بينما ظاهرهذه الوصية ان المعين يعطى الموصى له، زادت قيمته او نقصت عابت ام لا .

نعم لوقصد ان العبد بقيمته صحيحاً يكون من ثلثه ومابقى من الثلث كان للثاني ، اعطى العبد للاول ، ومابقي بين قيمتـه صحيحاً ومعيباً للثانى ويربح الوارث التفاوت بين الصحيح والمعيب كأن كان فرسه يسوى مأة صحيحاً، وكل التركة ستمأة بمافيها الفرس فانه يكون للثانى ــ والفرس صحيح ــ مأة، اماإذا عاب الفرس بمـا نقص خمسين ، فان المعطـى للاول فرس ، وللثانى مـأة ، والخمسون البـاقي من الثلث يربحه الورثة اذ لا وصية به . ولذا قـال في الجواهر : فالزيادة الموارث ضرورة عدم استحقاق الموصى له بالعبد اياهالأنها ليست مماأوصى بهاله ولاالثاني لانهاليست من التتمة، ففي الفرض يأخذالموصى له الثاني مازاد من قيمة العبد صحيحاً ــ انتهى .

ومن ذلك يعرف، حال ماإذا تضخمت قيمة الفرس بين الوصية والموت أوتنزلت، وكذا حال ماإذاتضخمت قيمة بقية التركة أوتنزلت، أوعابت بعض التركة بماسبب قلة قيمتها أونمت بماسبب كثرة قيمتها، وبذلك يظهرمواضع النظرفي كلام المسالك والجواهرفراجعهما .

ولعل مراد الشرائع حيث قال: ولو كانت قيمة العبد بقدر الثـلث بطلت الوصية للاخر،اذ الوصية الثانية غير لازمة لا انها باطلة ، حتى لاتقبل الاجازة ثم انه لومات الفرس قبل موت الموصي بطلت الوصية به لفوت متعلقها، فان كان مراد الموصي التفاوت بين قيمتهوالثلث حال الوصية، أوحال موت الفرس أو حال موت الموصي اعطى بقدر التفاوت بين القيمة والثـلث للموصى له الثاني، وان اطلق بأن قال : اعطوا الزائد منه الى الثانى اعطي التـفاوت عند

موت الموصي بأن يفرض الفرس حياً الى حال الموت فالتفاوت للثاني، وقد عرفت ان التفاوت انما يكون اذا لم يكن الفرس بقدر الثلث أواكثر ، و الا احتاج الى اجازة الورثة لدى العلم بارتكاز الوصي ارادة تحصيل الموصى له الثاني شيئاً .

ولو انعكس الفرض بأن قال: اعطوا زيداً مأة والباقي من الثلث اعطوا عمرواً من الفرس ، فانه يكون حال المأة هنا حال الفرس فى الفرع السابق، اذقد يكون المأة عند الموت أقل من الثلث، وقد يكون مساوياً له، وقد يكون اكثر منه، ولكل حكمه كما تقدم.

ثم لوأوصى بدوره الثلاثة وليس له سواها فجعل كل واحدة لواحد حق للوارث اجازة الجميع و اجازة بعض الثلثين الذين لهم ، لمن شاؤا مثلا حق لهم اجازة مالهم لاحدهم او لاثنين منهم، كل مالهم أوبعض مالهم، مثلا اذا كانت كل دار تسوى ثلثمأة، حق اخذ الثلثين من أحدهم دون الاخرين أومن اثنين دون آخر، كما يحق لهم أخذ بعض الثلث مثلا يأخذون من اثنين مأتين مأتين، اما من الاخر فمأة مثلا، الى غير ذلك من الصور والله العالم.

(مسألة -١٩-) لوأوصى له بدار فانهدمت فان كانت الوصية على نحو التقييد بطلت، لأن العرصة ليست بدار، وان كانت على نحو تعدد المطلوب بقيت، لانها جزء الوصية، كما اذا أوصى له بشيئين ففات شيء، وحيث ان المتعارف المرتكز في اذهان الواقفين والموصين الثاني كان مع الشك في انه اراد أي الامرين محكوماً بأن العرصة له، ولافرق في ذلك بين ان يوصي باعطائه داره أو احدى دوره فانهدمت تلك أو كلها.

أما اذا انهدم البعض، كان اللازم اعطاء اخرى سليمة، ومنه يعلم وجه النظر في تردد الشرائع قال : لوأوصى له بدار فانهدمت وصارت براحاً ، ثم مات الموصي بطلت الوصية لانها خرجت عن اسم الدار، وفيه تردد، وفصل في المسالك فقال: موضع الخلاف ما اذا كان الانهدام لابفعل الموصي ، والاكان رجوعاً ، وفيه نظر اذ الانهدام قد لايكون بقصد الرجوع بعد ان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب، فلماذا يكون ابطالا؟ اما اذا أوصى باعطائه ارضه تلك ثم بناها داراً أو جعله بستاناً أو ما أشبه فالظاهر انه عدول ، الا اذا كانت قرائن تدل على العدم.

نعم اذا قال : اعطوه احدى اراضي ، ثم عمر احداها خرجت عن كونه طرف الوصية، ولو أوصى وقال اعطوه احدى دوري، ثم باعها واشترى غيرها ثم مات فالظاهر نفوذ الوصية، اذ حالها حال سائر الوصايا المشابهة ، كما اذا قال اعطوه ألف دينار وكانت له دنانير ، ثم تلفت وبعد ذلك حصل غيرها ، فان المرتكز عدم الخصوصية للمتعلق الموجود وان تشمل الوصية ما كانت موجودة عند الموت الى غير ذلك من الامثلة.

ولوأوصى بدار معينة ثم جعل بعضها اصطبلا أودكاناً اوما اشبه لم تخرج

البقية عن المتعلق، اما خروج الدكان ونحوه فمبني على فهم العرف انه بهيئته الجديدة خارجة أم لا، ولو شك فالاصل بقاء الوصية، خصوصاً في مثل الاصطبل الذي هو جزء الدار والدكان الذي هو عبارة عن جعل غرفة دكاناً برفع حاجزه عن الشارع، وجعل باب لها اليه فقط لصدق جزئيته للدار بعد.

(مسألة ـ ٢٠ ـ) اذا قال: اعطوا زيداً والفقراء كذا، فالظاهر ان ذلك محول الى ارادة الوصي ان شاء اعطاه مثلهم اومثل بعضهم او اكثر منهم للاطلاق، فقول الشرائع: كان لزيد النصف من الوصية غير ظاهر الوجه وان علله المسالك والجواهر بانه كما لو أوصى لقبيلتين مختلفي العدد لانه : اولا : ليس كذلك عرفاً .

وثانياً: هناك ايضاً محتمل، فان قال: اعطوا حاصل هذا الوقف لمدرستين من مدارس طلاب العلوم الدينية، فهل يعطي احدهما بقدر الاخرى وان كان يسكن احدهما مأة والاخرى عشرة ؟ ان مثل ذلك خلاف اذهان الموصين و الواقفين، وكذلك حال الاقرار ، كما اذا قال انا مديون لزيد والفقراء مأة أو للمدرستين اوالقبيلتين فانه لايفهم منه التساوي

ومنه يعلم عدم وجه لقول بعضهم ان له الربع ، وان علله بان اقل الفقراء ثلاثة وقد شرك بينهم وبين زيد بالعطف فيكون كأحدهم، فهو فريق والثلاثة فرقاء ثلاثة، ولو قال: اعطوا المدارس الدينية مدرسة مدرسة ثلثي، فالظاهر عدم التقسيم بالتساوي اذا كان عدد الطلاب مختلفاً، بل حسب اعدادهم، فالمدرسة ذات المأة تعطي اكثر من ذات الخمسين وهكذا لانه المرتكز كما ان الامر كذلك في باب الوقف.

(مسألة ـ٢١ـ) قال في القواعد : لواوصى له بثلث ولاخر بربع، ولثالث بخمس، ولرابع بمثل وصية احدهم فله الخمس، وفي مفتاح الكرامة نبه عليه في المبسوط ، وصرح به في التحرير وجامع المقاصد، وعلله بأن الاطلاق ينزل على أقل المحتملات لتيقنه، والزائد مشكوك.

وفيه ان الاطلاق يؤخذ به، ولا وجه لتنزيله على أقل المحتملات، وكذا أمثال ذلك ، فلو قال: أعط زيد الفقير ديناراً وعمرواً نصف دينار، وبكراً ربع دينار، وخالداً كأحدهم رأى العرف ان للمأمور الحق في ان يعطيه كأحدهم، وكذلك في الوقف وغيره، كما اذا قال لوكيله: انكح لي بمثل عدد ازواج أحد الثلاثة ، وكان لاحدهم اربع وللثاني ثلاث وللثالث اثنتان فانه وكيل في تزويجه أربع أوثلاث أيضاً، الى غير ذلك ولا يخفى ان مثال القواعد لابد و ان يضاف كل ذلك الى الثلث اويحتاج الى اجازة الورثة لان المجموع يكون (٥٩) من (٦٠) ولا يخفى بعد ذلك سوق مااخترناه على ان يكون اضاف الى الثلث ما اوصى الى الثلث، ثم قال القواعد : واوقال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد .

أقول: أولا: يلزم ان يفرض ذلك، فيما اذا اضاف الثلث والربع والخمس الى ثلثه، واجاز الورثة الزائد على الثلث، اذ لوأضاف الكل الى التركة، لا يبقى مجال للوصية الاخيرة، فانك قد عرفت ان الوصايا الثلاث تستوعب تسعة وخمسين من الستين المقسم عليه التركة كلها .

وثانياً: ان الدليل الذي ذكره مفتاح الكرامة له بعد نقله عن التحرير ايضاً غير واف، قال: لانه شرك بينه وبين الكل من حيث هو كل ، وذلك لان الكل مشتركون في شيء واحد بأجزاء مشاعة، وان اختلفت الحصص وحيث كان

شريكاً للمجموع من حيث المجموعية ، و اطلاق التشريك منزل على أقل الحصص وجب انيكون له خمس ماللمجموع - انتهى، وفيه نظر اذ الاطلاق لاوجه لتنزيله على أقل الحصص .

بل الظاهر انه بيد الوصي لفرض انـه اطلاق، ولذا أشكل على القواعد جامع المقاصد حيـث، قال : ولقائل ان قوله فلان شريكهم اعم من ان يكون شريكاً للمجموع ، أولكل واحد ، واشتراك الكل في شيء واحد لا يقتضي ارادة الاول .

ومما تقدم يظهر وجه النـظر في كلام القواعد بعد ذلك قال : ولوأوصى لواحد بمأة ولاخر بدار ولاخر بعبد، ثم قال: فلان شريكهم، فله نصف مالكل واحد، لانه هنا يشارك كل واحد منـفرداً والشركة تقتضي التسوية - انتهى، اذ فيه ان الشركة أعم وكانه، لذا نسبه محكى التحرير الى القيل، ولم يرتضه في محكى جامع المقاصد، وعليه فاللازم اعطاء الوصي بعض كل واحدمن الثلاثة للرابع للاطلاق.

نعم، الظاهربمقتضى الانصراف ان لايعطى الرابع أكثر منهم، كأن يعطى من المأة للرابع ستين، اذ لوكان كذلك لايجعل صاحب الاربعين الاصل وغيره فرعه - في المتعارف من المحاورات - بل يجعل العكس.

ولوقال: اعطوا زيداً الثلث وعمرواً الربع وخالداً النصف من ثلثي، فان أجـاز الورثة اعطى خالد ما أوصى ، والا نقص منه نصف السدس حيث انه الذى زاد بقدر نصف السدس على الثلث، اما الاولان فلاينقص من نصيبهم شيء لما تقدم فى بعض المسائل السابقة من ان الاول تسقط الاواخر .

ولوقال: اعطوا أولادي نصيبهم، ومثل نصيبهم وكان له ثلاثة اولاد مثـلا

كانت الوصية صحيحة، واحتمل البطلان، اذ لايعقل القدر الذي قاله، وانماله الثلث والمفروض انهم يعطونه سواء وصى أولم يوص، مثلا كان له تسعة دنانير فان لكل واحد منهم ثلاثة ان لم يوص بالارث ، وان وصى اخذوا ستة ارثاً و ثلاثة (ثلثه) وصية، وفيه ان الثمرة تظهر في الخمس حيث انهم لو أخذوا كل واحد الثلاثة ارثاً لم يكن عليهم خمس بخلاف ماإذا اخذوا الثلث بالوصية حيث على دينار كل واحد منهم الخمس مع توفر شرائط الخمس.

(مسألة ـ٢٢ـ) بحث منجزات المريض من الاصل أومن الثلث مذكور في كتاب الحجر والكلام هنا في بعض الفروع وقد اخترنا هناك انها من الاصل فان المرء احق بماله مادام فيه الروح[1] ولا حاجة الى ذكر الامراض هنا كمافعله الفاضلان وشراحهما وغيرهم .

والظاهر ان المراد بمرض الموت مايموت فيه، لا ما يخوف ولا يموت فالموت المعيار لاالخوف ولذا قال الشرائع: ولو قيل بتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت، سواء كان مخوفاً في العادة، أولم يكن، لكان مناسباً. وقال في القواعد : الاقرب عندي ان كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أم لا ، فانه يخرج من الثلث، كما ان ماليس بمرض وان كان يموت فيه لايدخل في ذلك كطلق المرأة وتزاحم الامواج ، وذلك لتجردها عن اطلاق اسم المرض، كما في الشرائع وقال في الجواهر وفاقاً للمشهور بين أصحابنا بل في المسالك لم ينقل المصنف ولا غيره، خلافاً فيه، بل في جامع المقاصد الاجماع عليه .

ومنه يعلم، ان من مثل من يقدم لرجمه، أوقتله قصاصاً، أولاجل جناية، أولان عدوه ظفر به فيقتله أو سقط في بئر فيموت ولوجوعاً وعطشاً لعدم وجود ماء ، أوفي حال سقوط الطائرة، أوالاحتراق أوفي حال هوى حائط المنجم عليه و قرب الاستشهاد في ساحة الحرب ، أوماأشبه ذلك لا يدخل في عنوان مرض الموت الذي علق به الحكم ، و استنباط العلة بعد عدم القطع بها ، ومخالفة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣ .
الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٢ . .

المشهور، بل المجمع عليه الا مايحكى من ابن الجنيد من الالحاق، غير ظاهر الوجه.

قال سماعة: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال: أما اذاكان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء، وأما في مرضه فلا يصلح.(١)

وقال عقبة بن خالد: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال عليه السلام: مايعتق منه الا ثلثه.(٢)

و سئل الحلبي أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أوبعضه فتبرئه في مرضها؟ فقال عليه السلام: لا، وفي حديث آخر مثله، وزاد: ولكنها ان وهبت له جاز ماوهبت له من ثلثها،(٣) الى غيرها المحمولة على جملة من المحامل، والتي منها التقية لموافقتها لمذهب اكثر العامة، كما عن العلامة في التذكرة، وتبعه الوسائل وغيره، بخلاف المشهور الذين ذهبوا الى الصحة للصحاح المتواترة:

مثل مارواه أبو بصير وسماعة عن أبي عبد الله (ع) قال: الرجل يكون له الولد أيسعه ان يجعل ماله لقرابته؟ قال عليه السلام: هو ماله يصنع ماشاء به الى ان يأتيه الموت ـ الى هنا رواه سماعة ـ .(٤)

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ١١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ١٣ . .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ١٥ . .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ١ .

وفي رواية أبي بصير، زيادة : ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً ان شاء وهبه، وان شاء تصدق به، وان شاء تركه الى أن يأتيه الموت ، فان أوصى به فليس له الا الثلث ، الا ان الفضل في ان لايضيع من يعوله ، ولايضر بورثته.[١]

وعن ابن أبي السماك، عمن أخبره، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الميت أولى بماله مادامت فيه الروح.[٢]

وقال عمار بن موسى ، انه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث يشاء.[٣]

وعن مرازم، عن بعض اصحابنا، عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه ؟ فقال : اذا ابان به فهو جائز، وان أوصى به فهو من الثلث.[٤]

وعن عمار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ؟ قال : نعم،فان أوصى به فليس له الا الثلث.[٥] الى غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل والمستدرك والوافي وغيرها .

ثم ان المحقق ذكر بعض الفروع المبنية على مختاره من ان المنجزات من الثلث، ونحن نذكرها تبعاً له !

الأول: انه اذا تبرع بتنجيز أمور متعددة في مرض موته، كما لو وهب وباع

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٢ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٤ .
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٨٢ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٦ .
(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٢ .

وكانت اكثر من الثلث بدء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث ، وكان النقص على الاخير ، الا اذا أجاز الوارث فبقدر مأأجاز ، كماتقدم مثله فيما اذا أوصى بوصايا متعددة . وعليه فاذا جمع بين عطية منجزة، وعطية مؤخرة بعدالموت بنحو الوصية كان حالهما كما تقدم في ان الثلث اذ كان يفي بهما خرجا منه ، والافالاول فقط، وانلم يف بالاول صح منه مايفي‌به، وان وفى‌به وبعض الثاني صح الاول مطلقاً، والثاني بقدر الوفاء ، الااذا أجازالوارث فيصح الزائدعلى الثلث مطلقاً .

الثاني: قال في الشرائع: اذا باع كراً من طعام قيمته ستة دنانيروليس له سواه بكرردى قيمته ثلاثة دنانير، فالمحاباة هنا بنصف تركته فيمضي بمقدار الثلث، فلو رددنا الثلث على‌الورثة لكان رباً، فالوجه في‌تصحيحه ان يرد على الورثة ثلث كرهم، ويرد على المشترى ثلث كره ، فيبقى مع الورثة ثلث كر قيمتهاديناران، ومع المشتري ثلث كر قيمتها أربعة دنانير ؛ فيفضل معه ديناران وهي قدر الثلث‌من ستة .

أقول: والضابط كما ذكره المسالك : انه‌يجب ان‌يبقى مع الورثة ضعف ما صحت فيه المحابات من غيرلزوم الربا ، وقدذكر هو وقبله القواعد وبعده الجواهر المسألة باسهاب، ولاداعي لتفصيلها .

ثم انـه لوشك في انه هل نجز في مرضـه أو في صحته ، وكان محلا للاستصحاب جرى ، والاكان الاصل صحة المنجزات للشك في موضوع عدم التنجيز، ولواختلفا فقال الوارث: عقد أونحوه في مرضه الذي مات‌فيه ، وقال الطرف: بل لم‌يكن مريضاً، اوفعل ذلك في غيرمرضه الذي مات فيه، بل‌بريء من ذلك المرض، ثم مات فجئة او بمرض آخر، ففي ادعاء الطرف انه لم‌يكن

مريضاً يكون الاصل معه . وفي ادعائه انه بريء ثم عقد ثم مرض ومات، أو مات فجئة يكون الاصل مع الوارث، حيث ان الاستصحاب معه ، والطرف مدع .

ثم الظاهر انه يحق للمريض مرض الموت انجاز عقد أو ايقاع ، لانه لادليل على منعه، وانما يكون الخيار بيد الوارث ان شاء اجاز وان شاء منع.

نعم، يمكن ان يقال على القول: بأن له الثلث انه ان علم ان انجازه يوجب تفويت الزائد على الثلث على الوارث ، حيث انه لايقدر على الاستدراك ، اذا لم يرد الاجازة لم يجز للمريض الاقدام ، لانه تفويت لحقه كما تقدم مثل هذه المسألة في أوائل الكتاب ولا يخفى ان عدم حق للمريض فى اكثر من الثلث منوط بالواقع ، فاذا زعم صحة نفسه لكنه كان مريضاً كان له الثلث. ولو انعكس بأن زعم مرض نفسه لكنه كان صحيحاً كان له الكل، ولو اختلف الورثة في الاجازة والعدم كان لكل حكمه بقدر حصته .

ولو جاء في الارض فهل للزوجة حق الرد وان لم ترث هي لمورد، ام لا، لانها لاحق لها في الارض، فلاحق لها في مايتعلق بالارض؟ احتمالان، وقد ذكره الشيخ المرتضى (ره) في المكاسب والمعنا اليه في حق الانسان فى ماحجره من كتاب [احياء الموات] بأن لم يرده ملكاً ، وانما صار له حق الاولوية .

ولنختم الكتاب بروايتين عن علي عليه السلام ـ كما في المستدرك ـ فقد روي عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام ، انه حضره رجل مقل فقال: الااوصى ياأمير المؤمنين (عليه السلام) ؟ فقال عليه السلام اوص بتقوى الله ، واما المال فدعه لورثتك ، فانه طفيف يسير، وانما قال : الله

ان ترك خيراً، وانت لم‌تترك خيراً توصى فيه .[1]

وعن الاصبغ انه قال: اوصى رجل ودفع الى الوصى عشرة آلاف درهم، وقال: اذا أدرك ابني فأعطه ماأحببت منها، فلماادرك استعدى اميرالمؤمنين عليه السلام قال‌له :كم تحب ان تعطيه؟ قال: الف درهم قال: اعطه تسعة آلاف درهم فهى التى احببت وخذ الالف .[2]

سبحان ربك رب العزة عمايصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

تم [كتاب الوصية] فى ليلة ميلاد الامام اميرالمؤمنين عليه السلام، ثالث عشر رجب ١٤٠٢ هجرية، بيد مؤلفه

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

في بلدة قم المقدسة

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٩ من نوادر الوصايا ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٢٨ و ٥٢٩ الباب ٦٩ من نوادر الوصايا ح ٥ .

المحتويات

فصل
في الموصي به
١٣١ - ٢٠٢

فصل

٢٠٣ ـ ٣٤٠

الموضوع ــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة